RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

OSPINA FERNÁNDEZ

Octava edición

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ

RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Edición dirigida por Eduardo Ospina Acosta

Séptima reimpresión
de la octava edición

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021

ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Guillermo Ospina Fernández, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-0518-8
3072 2020024500
ISBN e-book 978-958-35-1545-3

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

Introducción

LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

PÁG.

I. Contenido 1
II. Importancia de la teoría 1
III. Reseña histórica 3
IV. Plan de la obra 4
a) Determinación del contenido 4
b) Sinopsis de la obra 4

Parte primera

EL CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN CIVIL, SUS ELEMENTOS Y SUS CLASIFICACIONES

Capítulo I

LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS CREDITICIOS

1. Precisión 9

I. La teoría antigua

2. Antecedentes romanos 9
3. La teoría antigua 10

II. Las teorías modernas

4. Enunciado 11
5. a) Teoría de Eugenio de Gaudemet 11
6. b) Teoría de Marcel Planiol 12
7. c) Teoría de Julien Bonnecase 13
8. d) Teoría de Louis Josserand 14

III. Crítica de las teorías y conclusiones

PÁG.

9. a) Crítica a la teoría antigua 15
10. b) Crítica de las teorías de Planiol y Bonnecase 15
11. c) Crítica de la teoría ocasionalista de Josserand 16
12. d) Conclusiones 17

IV. Las diferencias específicas entre los derechos reales y los derechos crediticios

13. Enumeración 17

Capítulo II

EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y SUS ELEMENTOS

14. Definición 20
15. Diversas acepciones de la obligación 20
16. Los elementos de la obligación 20

Capítulo III

CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES

17. Cuadro sinóptico 22
18. Las obligaciones civiles y las naturales 23
19. Obligaciones puras y simples, condicionales y a plazo 23
20. Obligaciones principales y accesorias 23
21. Obligaciones de sujetos simples y de sujetos plurales 24
22. Obligaciones conjuntas y solidarias 24
23. Obligaciones positivas y negativas 24
24. Obligaciones de dar y de hacer 25
25. Obligaciones de género y de especie o cuerpo cierto 25
26. Obligaciones de objeto simple y de objeto plural o alternativas 25
27. Obligaciones divisibles e indivisibles 26
28. Obligaciones de medios y de resultados 26
29. Referencia a las obligaciones modales 27

Parte segunda

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

I. La clasificación del Código Civil

30. Prenotandos 31

II. Otras clasificaciones

PÁG.

31. a) Teoría de Marcel Planiol 32
32. b) Teoría de Colin y Capitant..... 33
33. c) Teoría de Louis Josserand 33
34. d) Teoría de René Demogue 33

III. Crítica de las teorías expuestas

35. Enunciado 34

IV. La teoría lógico-jurídica

36. Generalidades..... 36
37. La formación de las situaciones jurídicas 36
38. Los elementos de las situaciones jurídicas 37
39. Clasificación de los elementos según el Código Civil 38
40. Situaciones jurídicas simples y complejas..... 38

V. Bases para una clasificación filosófico-científica

41. Enumeración 38

VI. Clasificación de las fuentes de las obligaciones en el derecho civil colombiano, en función del acto y del hecho jurídicos

42. Enunciado 39
43. a) El contrato 39
44. b) El acto jurídico unipersonal..... 40
45. c) El hecho ilícito..... 41
46. d) El enriquecimiento sin causa..... 42
47. e) Referencia a la noción clásica del cuasicontrato..... 43

PARTE TERCERA

EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES
(Efectos generales)

CAPÍTULO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

48. Precisiones 47
49. Los efectos de los actos jurídicos 48
50. Los efectos de las obligaciones..... 48

Sección primera

EJECUCIÓN COACTIVA, CESIÓN DE BIENES Y CONCURSO DE ACREEDORES

Capítulo I

LA EJECUCIÓN COACTIVA

I. Concepto, eficacia y objeto de la ejecución

PÁG.

51. Concepto 49
52. Eficacia de la ejecución coactiva 49
53. Objeto de la ejecución 50

II. Los bienes inembargables

54. Criterios y enumeración 51

III. Formas y casos de la ejecución

55. Precisión 52
56. a) Obligación de dinero 52
57. b) Obligaciones de dar o entregar cuerpo cierto mueble 52
58. c) Obligación de dar o entregar cuerpo cierto inmueble 52
59. d) Obligación de dar o entregar cosas de género 53
60. e) Obligación de realizar hecho material 53
61. f) Obligación de realizar acto jurídico 53
62. g) Obligación de no hacer 54
63. h) Obligaciones condicionales y a plazo indeterminado 54

Capítulo II

LA CESIÓN DE BIENES

64. Concepto y generalidades 55
65. Requisitos para la cesión de bienes 55
66. Efectos de la cesión de bienes 56

Capítulo III

EL CONCURSO DE ACREEDORES

I. Generalidades

67. Concepto 58
68. Concurso y quiebra 58

II. Los concordatos

PÁG.

69. Concepto 59
70. Naturaleza 60
71. Procedencia de los concordatos 60
72. Clasificación de los concordatos 61
73. Contenido de los concordatos 61
74. Requisitos de los concordatos 64
75. Efectos 65

III. La prelación de créditos

A. Generalidades

76. Concepto 66
77. Causas de la preferencia 66
78. Denominaciones legales 67
79. Efectividad de la prelación 67
80. Clasificación de las preferencias 67

B. Las clases de créditos

81. Precisión 67

La primera clase

82. Créditos que comprende 68
83. Créditos laborales y créditos por alimentos de menores 68
84. Costas judiciales 69
85. Expensas funerales 69
86. Gastos de enfermedad 69
87. Suministros alimentarios 70
88. Créditos fiscales 70

Régimen de la primera clase

89. Preferencia general 70
90. Orden de prelación 71
91. Transferencia de los bienes del deudor 72

La segunda clase

92. Créditos que comprende 72
93. Los créditos del posadero 72
94. Los créditos del transportador 73
95. El acreedor prendario 74

Régimen de la segunda clase

PÁG.

96. Preferencia especial 75
97. Orden de prelación 75

La tercera clase

98. Créditos que comprende 78

Régimen de la tercera clase

99. Preferencia especial 78
100. Orden de prelación 78
101. Prelación entre hipotecas 79

La cuarta clase

102. Créditos que comprende 79
103. Créditos del fisco 80
104. Los de los establecimientos de caridad o educación 80
105. Los de las mujeres casadas 80
106. Los de los hijos de familia 81
107. Los de los pupilos en general 81
108. Los de los pupilos por el matrimonio de su madre o abuela 83

Régimen de la cuarta clase

109. Preferencia general 83
110. Orden de prelación 83
111. Alcance de las preferencias de los hijos de familia y de los pupilos 84
112. La transferencia de bienes del deudor 86
113. Reglas especiales sobre pruebas 86

La quinta clase

114. Créditos que comprende 86

Régimen de la quinta clase

115. El principio 87
116. Orden de prelación 87

Sección segunda

LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Introducción

LA UBICACIÓN DEL TEMA

117. Precisión 88

PÁG.

118. Errores doctrinarios 88
119. Errores legislativos 89
120. Conclusión 90

Capítulo I

CONCEPTO Y GENERALIDADES

121. Concepto 91
122. Clasificación general de la indemnización de perjuicios 91
123. La indemnización compensatoria 91
124. La indemnización compensatoria es sucedánea 92
125. La indemnización moratoria 93
126. La indemnización moratoria es complementaria 93
127. El cúmulo de las indemnizaciones 93

Capítulo II

LOS REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

128. Enumeración 94

I. La mora debitoria

129. Concepto 94
130. Elementos de la mora 95
131. a) El retardo 95
132. b) La culpa 95
133. c) La reconvención 95
134. Forma de la reconvención 96
135. Necesidad de la reconvención 96
136. Excepciones a la reconvención 97
137. 1ª) Estipulación de plazo 97
138. 2ª) La preclusión de la oportunidad 97
139. 3ª) La imposibilidad de cumplir y la renuencia expresa del deudor 98
140. Necesidad de la mora para la indemnización de perjuicios 98

II. La imputabilidad del incumplimiento

141. Precisión 99

A. La imputabilidad por el dolo

142. Concepto 99

B. La imputabilidad por la culpa

143. Concepto 99

PÁG.

144. La valoración de la culpa 99
145. El derecho romano 100
146. El derecho medieval 101
147. El derecho francés 102
148. El derecho colombiano 102
149. Crítica al derecho colombiano 104

C. La prueba del dolo y de la culpa

150. La prueba del dolo 106
151. La prueba de la culpa 107

D. La equiparación de la culpa grave al dolo

152. Concepto 107
153. La prueba y los efectos de la equiparación 108

E. El caso fortuito

154. Concepto 109
155. Las condiciones del caso fortuito 109
156. a) La imprevisibilidad 110
157. b) La irresistibilidad 112
158. El hecho de un tercero 113
159. Los efectos del caso fortuito 114
160. La prueba del caso fortuito 114

F. La culpa del acreedor

161. Concepto 114
162. La mora creditoria 114
163. Generalización de la teoría 115

G. Estipulaciones que varían la imputabilidad

164. Precisión 116
165. Estipulaciones agravantes 117
166. Estipulaciones atenuantes 117

H. La teoría de las obligaciones de medios y de las de resultado

167. La teoría 118
168. Crítica de la teoría 119

III. El perjuicio del acreedor

A. Generalidades

169. Concepto 121

PÁG.

170. Necesidad del perjuicio 121
171. Límites de la indemnización 121
172. Clasificación de los perjuicios 121
173. a) Perjuicios materiales y morales 121
174. b) Perjuicios directos e indirectos 124
175. c) Perjuicios previsibles e imprevisibles 125
176. d) Perjuicios actuales y futuros 126
177. e) Perjuicios ciertos y eventuales 127
178. Estipulaciones acerca de los perjuicios 128

B. Formas de la estimación del perjuicio

179. Precisión 128

I. La estimación judicial

180. Criterio general 128
181. La prueba del perjuicio 129
182. Excepciones 129

II. La estimación legal

183. Precisión 129
184. Casos de estimación legal 130

A. Los intereses moratorios legales

185. Advertencia 130
186. El concepto del interés 130
187. Clasificaciones de los intereses 130
188. Los intereses legales 130
189. Efecto de los intereses moratorios legales 131
190. La determinación del interés legal moratorio 131
191. La prueba del interés 132
192. Los intereses moratorios y los perjuicios adicionales 132

B. Los perjuicios morales

193. Remisión 133

C. Los accidentes de trabajo

194. Concepto 134

III. La estimación convencional (La cláusula penal)

A. Concepto y campo de acción de la cláusula penal

195. Concepto 135
196. Referencia histórica 135

B. Características generales de la cláusula penal

PÁG.

197. Enumeración 136
198. a) La cláusula penal es acto jurídico 136
199. b) Obligación penal y obligación principal 137
200. Obligación penal y obligación alternativa 137
201. Obligación penal y obligación facultativa 138
202. c) La obligación penal es accesoria 138
203. La inexistencia inicial de la obligación principal 139
204. La nulidad de la obligación principal 139
205. La extinción de la obligación principal 140
206. La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación principal 141
207. La división entre sujetos simples 141
208. La división entre deudores plurales 142
209. La división entre acreedores plurales 144
210. La independencia de la obligación principal 144
211. d) La obligación penal es condicional 145

C. Las funciones de la cláusula penal

212. Precisión 146
213. Concepto 146
214. La eficacia de esta función 146
215. Concepto 147
216. La eficacia de esta función 147
217. Concepto 148
218. Ventajas de la estimación convencional 149

D. Los efectos de la cláusula penal

219. La exigibilidad de la pena 149
220. La exigibilidad de la pena y la mora 150
221. La exigibilidad de la pena y la imputabilidad al deudor 151
222. El cúmulo de la obligación principal y la pena 151
223. El cúmulo de la pena y la indemnización de perjuicio 152
224. La reducción de la pena 154

E. La cláusula penal enorme

225. El criterio de la reducción 154
226. Las hipótesis de la reducción de la pena 154
227. a) Obligaciones de valor determinado 154
228. b) Obligaciones de valor indeterminado 155
229. c) Intereses penales en el mutuo y en la anticresis 155

Sección tercera

DERECHOS AUXILIARES DE LOS ACREEDORES

I. Generalidades

PÁG.

230. La prenda general de los acreedores 156
231. Concepto de los derechos auxiliares 157
232. El régimen legal 157
233. Clasificación de los derechos auxiliares 157

II. Medios conservatorios

234. Concepto 157
235. Subclasificación 158

A. Medios conservatorios comunes

236. Enumeración 158
237. 1º) Intervención en las causas mortuorias 158
238. a) La guarda de bienes y la aposición de sellos 158
239. b) El secuestro provisional de los bienes relictos 158
240. c) La curaduría de la herencia yacente 158
241. d) El requerimiento a los asignatarios 159
242. e) La intervención en los inventarios y avalúos 159
243. f) El beneficio de separación 159
244. 2º) Intervención en la liquidación de las sociedades conyugales 159
245. 3º) Intervención en los concordatos 159
246. 4º) Intervención en los procesos de liquidación obligatoria 160
247. Efectos de las medidas conservativas comunes 160

B. Medios conservatorios particulares

248. Concepto 160
249. 1º) De los créditos aún no exigibles 160
250. 2º) De los créditos exigibles 161
251. 3º) El derecho de retención 162
252. Reseña histórica 162
253. Casos en que procede el derecho de retención 162
254. a) La especificación 163
255. b) La edificación, plantación o sementera 163
256. c) El fideicomiso 163
257. d) El usufructo 163
258. e) La reivindicación 163
259. f) La compraventa 163
260. g) La permuta 164

PÁG.

261. h) El arrendamiento 164
262. i) El mandato 164
263. j) El comodato 164
264. k) El depósito 164
265. l) El hospedaje 165
266. ll) El transporte 165
267. m) La prenda 165
268. Requisitos del derecho de retención 165
269. Naturaleza y efectos del derecho de retención 166
270. La retención convencional 167

III. Medios reconstitutivos

271. Enumeración 168

A. La acción pauliana

272. Concepto 168
273. Condiciones de la acción pauliana 169
274. a) El perjuicio a los acreedores 169
275. b) El fraude pauliano. 169
276. El consilio fraudulento 170
277. La prueba del fraude 171
278. Actos que pueden revocarse 172
279. La renuncia al enriquecimiento 172
280. Los titulares de la acción pauliana 174
281. Las personas sujetas a la acción 176
282. La oportunidad para instaurar la acción 178
283. Los efectos de la acción pauliana 181
284. La naturaleza de la acción pauliana 183
285. a) La tesis de la nulidad 184
286. b) La tesis de la indemnización 185
287. c) La tesis de inoponibilidad 186

B. La nulidad de los actos del deudor concursado

288. La nulidad y la revocación de los actos del deudor 187

C. La acción de simulación

289. Precisión 190
290. Concepto de la simulación 190

IV. La subrogación de los acreedores

291. Concepto 191

PÁG.

292. Origen 192
293. Naturaleza y alcance 193

APÉNDICE

LA ACCIÓN OBLICUA FRANCESA

294. Concepto e historia 195
295. Características de la acción 196
296. La utilidad práctica de la acción 197
297. La acción oblicua en Colombia 197

PARTE CUARTA

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CIERTAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO I

LAS OBLIGACIONES NATURALES

I. Generalidades

298. Concepto 203
299. Origen histórico 203
300. El derecho moderno 204

II. Casos de obligaciones naturales

301. Enumeración legal 205
302. Obligaciones naturales originarias 205
303. a) Los relativamente incapaces 205
304. b) La inobservancia de las solemnidades legales 206
305. Obligaciones civiles degeneradas 207
306. a) Las obligaciones prescritas 207
307. b) Obligaciones desestimadas judicialmente 208
308. Otros casos de obligaciones naturales 208
309. Casos discutidos 209
310. a) Mutuo sin intereses 209
311. b) Multa en los esponsales 209
312. c) Pago más allá de la responsabilidad 209
313. d) Objeto y causa ilícitos 210

III. Efectos de las obligaciones naturales

314. a) No se puede repetir lo pagado 211

PÁG.

315. b) Pueden ser novadas 211
316. c) Pueden ser caucionadas 212
317. d) No se extinguen por sentencia desestimatoria 213

Capítulo II

OBLIGACIONES "PROPTER REM"

318. Concepto 214
319. La obligación "propter rem" y el derecho real 214
320. Las servidumbres y las obligaciones "propter rem" 216
321. La obligación "propter rem" y la modal 216
322. Efectos principales de la obligación "propter rem" 217

Capítulo III

OBLIGACIONES A PLAZO

I. Generalidades

323. Concepto del plazo 218
324. Características del plazo 218
325. Clasificaciones de los plazos 218
326. a) Plazo determinado e indeterminado 218
327. b) Plazo legal, convencional y judicial 219
328. c) Plazo expreso o tácito 219
329. d) Plazo suspensivo y extintivo 220

II. Efectos del plazo suspensivo

330. Distinción 220
331. a) Antes del vencimiento 220
332. 1) Inexigibilidad de la obligación 220
333. 2) Imprescriptibilidad del crédito 220
334. 3) Validez del pago 220
335. 4) Medidas conservativas 221
336. b) Después del vencimiento 221

III. Efectos del plazo extintivo

337. Precisión 221

IV. Extinción del plazo

338. Causales 221
339. 1ª) Vencimiento 221

PÁG.

340. 2ª) Renuncia 222
341. 3ª) Caducidad 222
342. Causales de caducidad 222
343. a) Quiebra del deudor 223
344. b) La insolvencia notoria del deudor 223
345. c) Disminución o extinción de las cauciones 224

Capítulo IV

OBLIGACIONES CONDICIONALES

I. Generalidades

346. Concepto de la condición 226
347. Características de la condición 226
348. Clasificaciones de las condiciones 226
349. a) Positivas y negativas 227
350. b) Suspensivas y resolutorias 227
351. c) Posibles e imposibles, lícitas e ilícitas 227
352. 1) Condición suspensiva positiva 227
353. 2) Condición suspensiva negativa 228
354. 3) Condición resolutoria 228
355. d) Casuales, potestativas y mixtas 228

II. El estado de la condición

356. Precisión 229
357. a) Condición pendiente 230
358. b) Condición cumplida 230
359. c) Condición fallida 230

III. Efectos de la condición pendiente

360. Precisión 231
361. a) Condición suspensiva pendiente 231
362. b) Condición resolutoria pendiente 233

IV. Efectos de la condición fallida

363. a) Condición suspensiva fallida 233
364. b) Condición resolutoria fallida 233

V. Efectos de la condición cumplida

365. a) Condición suspensiva cumplida 233
366. b) Condición resolutoria cumplida 234
367. La retroactividad de las condiciones 234

Capítulo V

OBLIGACIONES CONJUNTAS

PÁG.

368. Precisión 236
369. Concepto 236
370. Conjunción originaria y derivativa 237
371. División de la obligación 237
372. Efectos de la división 238
373. Excepciones a la división 238

Capítulo VI

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

I. Generalidades

374. Concepto 239
375. Características 239
376. Origen y etimología 239
377. Clasificación 240
378. Fuentes 240

II. Solidaridad activa

379. Concepto e importancia 240
380. Efectos de la solidaridad activa. Distinción 241

A. Efectos entre los coacreedores y el deudor

381. Criterios y efectos 241

B. Efectos entre los coacreedores

382. Extinción de la solidaridad 241

III. Solidaridad pasiva

383. Obligaciones pasivamente solidarias 242
384. Importancia 242
385. Efectos de la solidaridad pasiva. Distinción 243

A. Efectos entre el acreedor y los codeudores

386. Clasificación de los efectos 243

PÁG.

387. Efectos principales 243
388. Efectos secundarios 245
389. La representación recíproca de los codeudores solidarios 246
390. Excepciones de los codeudores solidarios 250
391. a) Excepciones reales 250
392. b) Excepciones personales 250
393. Extinción de la solidaridad pasiva. La renuncia del acreedor 251
394. La división por causa de muerte 251

B. Efectos entre los codeudores

395. División de la deuda 252
396. Forma de la división 252
397. La insolvencia de uno de los codeudores 253
398. Recursos del codeudor que ha pagado 253

Capítulo VII

OBLIGACIONES INDIVISIBLES

I. Generalidades

399. Concepto 255
400. Dificultad teórica 255
401. Interés de la teoría 255

II. Las fuentes de la indivisibilidad

402. Precisión 256
403. a) Indivisibilidad por la naturaleza del objeto 256
404. Obligaciones de dar 256
405. Obligaciones de hacer y de no hacer 257
406. b) Indivisibilidad por disposición de la ley 257
407. c) Indivisibilidad por el acto jurídico 258

III. Efectos de la indivisibilidad

408. Referencia 259

A. Efectos por el aspecto activo

409. 1) La exigibilidad por cada coacreedor 259
410. 2) La transmisión por causa de muerte 259
411. 3) La disposición del crédito por alguno o algunos de los coacreedores 260
412. 4) La interrupción y la suspensión de la prescripción 260

B. Efectos por el aspecto pasivo

PÁG.

413. 1) El cumplimiento de la obligación 261
414. 2) La transmisión de la indivisibilidad 262
415. 3) La extinción de la obligación indivisible 263
416. 4) La interrupción de la prescripción 263
417. 5) La culpa o la mora de los codeudores 263

C. Efectos entre los acreedores y efectos entre los deudores

418. Entre los coacreedores 264
419. Entre los codeudores 264
420. Insolvencia de uno de los codeudores 265

Capítulo VIII

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

421. Precisión 266

I. Obligaciones alternativas

422. Concepto 267
423. A quién corresponde la elección 267
424. Efectos de las obligaciones alternativas 267

II. Obligaciones facultativas

425. Concepto 268
426. Efectos de las obligaciones facultativas 269
427. Prevalencia de la obligación alternativa sobre la facultativa 269

Capítulo IX

OBLIGACIONES DE DAR Y DE ENTREGAR

I. El criterio de la clasificación

428. Concepto y precisiones 270

II. Requisitos especiales de las obligaciones de dar y de entregar

429. Enumeración 271
430. a) La existencia potencial de las cosas 271
431. b) La determinación de las cosas 272
432. La determinación de la naturaleza de las cosas 272

PÁG.

433. La determinación de la cantidad de las cosas 273
434. c) La comerciabilidad de las cosas 274

Capítulo X

OBLIGACIONES DE ESPECIE Y DE GÉNERO

435. Concepto 276
436. Efectos de las obligaciones de especie 276
437. Efectos de las obligaciones de género 277

Capítulo XI

OBLIGACIONES DE DINERO

I. Generalidades

438. Concepto 279
439. Efectos especiales 279

II. Las especies monetarias para el pago

440. El régimen vigente 279

III. El régimen de los intereses

441. El concepto de los intereses 280
442. La clasificación de los intereses 280

A. Los intereses convencionales

443. Restricciones a la libre estipulación 281
444. 1ª) Estipulación de intereses en el mutuo 281
445. 2ª) La intervención del Estado 283
446. 3ª) El anatocismo 283

B. Los intereses corrientes

447. Su autorización legal 284
448. La prueba del interés corriente 285

C. Los intereses legales

449. Concepto y crítica 286
450. Los intereses moratorios legales 287

D. Referencia a la normatividad comercial

PÁG.

451. Las normas comerciales sobre intereses 288
452. Comentarios a las normas anteriores 289

Parte quinta

LA TRASLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

453. Precisión 297

I. La transmisión de las obligaciones

454. Historia 297
455. La transmisión a título universal 297
456. La transmisión a título singular 298
457. Excepciones a la transmisión 298

II. La transferencia de las obligaciones

458. Sumario 298

A. La cesión de créditos

459. Concepto 299
460. Historia 299
461. La cesión de créditos en el Código Civil 300
462. Referencia al pago con subrogación 301

B. La cesión de deudas

463. Concepto 301
464. Historia 302

C. La enajenación de las universalidades

465. Distinción 303
466. a) De las universalidades jurídicas 303
467. La cesión de derechos hereditarios 304
468. La sociedad conyugal ilíquida 304
469. b) De las universalidades de hecho 305

PARTE SEXTA

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Sección primera

GENERALIDADES

PÁG.

470. Concepto 311
471. La enumeración legal 311
472. Crítica 312
473. Clasificaciones 312
474. Modos generales y especiales 313
475. Modos directos e indirectos 313

TÍTULO I

LA SIMPLE CONVENCIÓN EXTINTIVA Y LA REVOCACIÓN UNILATERAL

476. Las convenciones extintivas 313
477. Excepciones 315
478. Precisión 316
479. La revocación unilateral 316

TÍTULO II

LA MUERTE DEL ACREEDOR O DEL DEUDOR

480. Concepto 317

TÍTULO III

EL PLAZO EXTINTIVO

481. Concepto 317

TÍTULO IV

LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

482. Concepto 318

Título V

EL PAGO

Capítulo I

GENERALIDADES

PÁG.

483. Concepto 318
484. Naturaleza jurídica del pago 318

Capítulo II

EL PAGO PURO Y SIMPLE

485. Denominación y régimen general 319

I. La causalidad del pago

486. El principio 319

II. Por quién puede hacerse el pago

487. Precisión 319

A. Pago por el deudor único o su representante

488. El efecto extintivo 320

B. El pago por persona interesada en la solución de la deuda

489. Enumeración 321
490. a) El pago por el codeudor solidario 321
491. b) El pago por el codeudor de obligación indivisible 321
492. c) El pago por el fiador 322
493. d) El pago por el propietario de cosa hipotecada o pignorada 322
494. e) El pago por el acreedor de grado inferior 323

C. El pago por persona no interesada en la solución de la deuda

495. La autorización legal 323
496. a) El pago con conocimiento del deudor 324
497. b) El pago sin el conocimiento del deudor 325
498. c) El pago contra la voluntad del deudor 325
499. Resumen 327
500. Requisitos especiales para las obligaciones de dar 328

PÁG.

501. a) La propiedad de la cosa 328
502. b) La capacidad del enajenante 329
503. c) Las solemnidades del pago 331

III. A quién debe hacerse el pago

504. Enumeración legal 331
505. Efectos del pago a las personas enumeradas 331
506. Efectos del pago a persona no legitimada 332
507. Convalidación del pago 332
508. a) El pago al acreedor 332
509. La nulidad del pago al acreedor 333
510. 1º) El acreedor no tiene la administración de sus bienes 333
511. Excepción 334
512. 2º) El embargo del crédito 334
513. 3º) El concurso de acreedores (liquidación obligatoria) 335
514. b) El pago al representante legal del acreedor 335
515. c) El pago al representante voluntario del acreedor 336
516. La capacidad del diputado para recibir el pago 337
517. La terminación del mandato 337
518. 1) La muerte del diputado 337
519. 2) La revocación 337
520. 3) Vencimiento del término 338
521. 4) La condición resolutoria 338
522. 5) La inhabilitación del diputado 338
523. Efectos de la terminación del mandato 338
524. La diputación por el acreedor y el deudor 339
525. d) El pago al poseedor del crédito 340
526. Requisitos 340
527. 1) Ser el "accipiens" poseedor del crédito 340
528. 2) Que el "solvens" pague de buena fe 340

IV. Cómo debe hacerse el pago

529. Precisión 341
530. Qué se debe pagar 342
531. Excepciones legales 342
532. Excepciones convencionales 342
533. La indivisibilidad del pago 343
534. Excepciones a la indivisibilidad 344
535. a) Excepciones convencionales 344
536. b) Excepciones legales 344
537. Reglas especiales de ciertas obligaciones 345
538. a) Obligaciones de especie 345
539. b) Obligaciones de cosa de género 347

V. Dónde debe hacerse el pago

PÁG.

540. Importancia de la cuestión 347
541. a) Domicilio convencional para el pago 348
542. b) Domicilio legal para el pago 348

VI. Cuándo debe hacerse el pago

543. Remisión 349

VII. La imputación del pago

544. Concepto 350
545. Importancia 350
546. a) La obligación es única 350
547. b) Existen varias deudas 351
548. La imputación por el deudor 351
549. La imputación por el acreedor 352
550. La imputación por la ley 353

VIII. Los gastos del pago

551. A quién corresponden 354

IX. La prueba del pago

552. El principio 354
553. La presunción de pago 354

Capítulo III

EL PAGO CON SUBROGACIÓN

I. Generalidades

554. Concepto general de la subrogación 355
555. La subrogación real 355
556. La subrogación personal 355
557. Concepto del pago con subrogación 356
558. Reseña histórica 356
559. Naturaleza de la subrogación por el pago 356
560. a) Tesis de la cesión 357
561. b) Tesis de la novación 357
562. c) Tesis del pagocesión 357
563. Crítica 357
564. Justificación del pago con subrogación 359

II. La subrogación legal por el pago

PÁG.

565. Concepto ... 360
566. Casos de subrogación legal por el pago ... 361
567. Grupos ... 361
568. A) Primer grupo ... 361
569. El codeudor solidario ... 361
570. El fiador ... 362
571. El codeudor de obligación indivisible ... 362
572. El dueño de inmueble hipotecado para seguridad de una obligación ajena ... 363
573. El tercer poseedor ... 363
574. El comprador de inmueble hipotecado ... 363
575. B) Segundo grupo ... 365
576. El pago por otro acreedor ... 365
577. El pago por heredero beneficiario ... 366
578. El pago con consentimiento del deudor ... 369
579. El préstamo para el pago ... 370

III. La subrogación convencional

580. Concepto ... 370
581. Requisitos ... 371
582. a) El consentimiento del acreedor ... 371
583. b) El pago por un tercero ... 372
584. c) Tiempo y forma de la subrogación ... 372
585. d) Notificación al deudor ... 373

IV. Efectos de la subrogación

586. Advertencia ... 373
587. La enunciación legal de los efectos ... 374
588. a) La subrogación en el crédito ... 374
589. b) La subrogación en los derechos principales del acreedor ... 375
590. c) La subrogación en los privilegios del crédito ... 375
591. d) La subrogación en los derechos accesorios ... 376
592. e) La subrogación en las acciones ... 376
593. La subrogación parcial ... 377
594. La subrogación parcial y la cesión de créditos ... 379

Capítulo IV

EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

I. Generalidades

595. Concepto ... 380

PÁG.

596. Origen histórico 380
597. Justificación 380
598. Quién puede pagar por consignación 381
599. Campo de acción 381

II. El procedimiento

600. Etapas que comprende 381

A. La oferta

601. Concepto 381
602. Requisitos de la oferta 381
603. a) Capacidad del oferente 382
604. b) A quién debe hacerse 382
605. c) La exigibilidad de la obligación 382
606. d) El lugar del pago 383
607. e) Observancia de las formalidades legales 383
608. La ausencia del acreedor 384

B. La consignación

609. Cuándo hay lugar a ella 385
610. La aceptación del demandado 385
611. El silencio del demandado 385
612. La oposición del demandado 386

III. Efectos del pago por consignación

613. Precisión 386
614. Efectos de la consignación válida 386
615. Los efectos cuando hay subrogación 387
616. El retiro de la consignación 387
617. Los gastos del pago 388

Capítulo V

EL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

618. Concepto 389
619. Casos en que actúa el beneficio 390
620. 1º) Los ascendientes o descendientes del acreedor 390
621. 2º) El cónyuge no divorciado por su culpa 390
622. 3º) Los hermanos 390
623. 4º) Los consocios 390
624. 5º) El donante 391

PÁG.

625. 6º) El deudor de buena fe que hizo cesión de bienes 391
626. Características del beneficio 392
627. El beneficio y el derecho de alimentos 392

Capítulo VI

LA DACIÓN EN PAGO

I. Generalidades

628. Concepto 393
629. Historia y naturaleza jurídica 393
630. El Código Civil 396

II. Requisitos de la dación en pago

631. Enumeración 396
632. a) La prestación con "animus solvendi" 397
633. b) Diferencia entre la prestación debida y la pagada 397
634. c) El consentimiento de las partes 398
635. d) La capacidad de las partes 399
636. e) La observancia de las solemnidades legales 399

III. Efectos de la dación en pago

637. La extinción de la obligación pagada 400
638. La subrogación en la dación en pago 400
639. La evicción de la cosa dada en pago 401
640. Nuestro criterio al respecto 401
641. La lesión en dación en pago 402
642. La acción pauliana en la dación en pago 402

Título VI

LA NOVACIÓN

I. Generalidades

643. Concepto 403
644. Naturaleza jurídica. 403
645. Reseña histórica 403
646. Los modos de la novación 404
647. a) Por el objeto 405
648. b) Por la causa 405
649. c) Por el deudor 405
650. d) Por el acreedor 406

PÁG.

651. La novación y la cesión de créditos 406
652. La novación por cambio de acreedor y el pago con subrogación 407

II. Requisitos de la novación

653. Enumeración 408
654. 1ª) Existencia de dos obligaciones sucesivas 408
655. Obligaciones condicionales 409
656. 2ª) Validez de la causa de ambas obligaciones 409
657. 3ª) Diferencia entre ambas obligaciones o la causa de ellas 410
658. 4ª) Capacidad de las partes 410
659. La capacidad de los representantes 411
660. 5ª) La intención de novar 412

III. Efectos de la novación

661. 1º) Sustitución de obligaciones 413
662. 2º) Codeudores solidarios y subsidiarios 414
663. 3º) La extinción y la reserva de las prendas e hipotecas 414
664. a) Consentimiento del dueño 414
665. b) La identidad del objeto y del monto de la garantía 415
666. La renovación de las prendas e hipotecas 415
667. 4º) Extinción de los privilegios 415
668. 5º) Extinción de los intereses 416
669. 6º) La cláusula penal 416

IV. Estipulaciones que no causan novación

670. Precisión 417
671. Enumeración 417
672. a) Por cambio del objeto 417
673. b) Por cambio del acreedor 418
674. c) Por cambio del deudor 418
675. Efectos especiales de algunas modificaciones accidentales 418

Apéndice

LA DELEGACIÓN

676. Concepto 419
677. Reseña histórica 419
678. Naturaleza jurídica 419
679. Clasificación de la delegación 421
680. a) Delegación perfecta 421
681. b) Delegación imperfecta 421
682. El pago por error del delegado 422
683. El pago por error del delegante 422

TÍTULO VII

LA COMPENSACIÓN

I. Generalidades

PÁG.

684. Concepto 423
685. Importancia 423

II. Clasificación de la compensación

686. Criterios 424

III. La compensación legal

A. REQUISITOS

687. Enumeración 424
688. a) Reciprocidad de los créditos 425
689. b) Fungibilidad de los objetos 426
690. c) La exigibilidad de las obligaciones 427
691. d) La liquidez de las deudas 429
692. e) La embargabilidad de los créditos 430

B. CÓMO OPERA LA COMPENSACIÓN LEGAL

693. El principio 430
694. Historia del principio 430

C. CASOS EXCLUYENTES DE LA COMPENSACIÓN LEGAL

695. Precisión 431

D. LA RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN

696. Eficacia 437

E. EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN LEGAL

697. Relación 437

IV. La compensación voluntaria

698. Precisión 439
699. La compensación convencional 439
700. La compensación facultativa 439

V. La compensación judicial

701. Eficacia 440

VI. Síntesis crítica del Código Civil

PÁG.

702. Recapitulación 441

Título VIII

LA REMISIÓN

I. Generalidades

703. Concepto 443
704. Naturaleza jurídica 443
705. La remisión es un acto jurídico extintivo 444
706. La remisión es un acto unilateral del acreedor 444
707. La remisión tácita 446
708. La remisión es un acto jurídico gratuito 448
709. La remisión y la donación 449
710. La remisión testamentaria 450
711. La remisión concordataria 451

II. Requisitos de la remisión

712. Relación 451

III. Efectos de la remisión

713. Relación 452

Título IX

LA CONFUSIÓN

714. Concepto 453
715. Naturaleza jurídica 453
716. La causa única de la confusión 454
717. La confusión por causa de muerte 454
718. Efectos de la confusión 456

Título X

LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN

I. Generalidades

719. Precisión 458
720. El régimen legal 458

II. La pérdida de la cosa que se debe

721. Concepto de la pérdida 459

PÁG.

722. Qué cosas se pierden 459
723. Efectos de la pérdida de la cosa 460
724. a) La pérdida no es imputable al deudor 460
725. b) La pérdida es imputable al deudor 461
726. El extravío de la cosa 462

III. La generalización de la teoría

727. Exposición 462

Título XI

LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

I. Generalidades

728. Concepto general de la prescripción 465
729. Las acepciones y el tratamiento legal 465
730. Naturaleza jurídica de la prescripción 465
731. Justificación y utilidad de la prescripción 466
732. Precisión de nuestro tema 467

II. Requisitos de la prescripción liberatoria

733. Enumeración 467
734. a) La prescriptibilidad del crédito 467
735. b) La inacción del acreedor 468
736. c) El transcurso de cierto tiempo 469
737. 1) La prescripción de largo tiempo 469
738. 2) Las prescripciones de corto término 470
739. Punto de partida de la prescripción 471
740. Convenciones sobre el término de la prescripción 471

III. La interrupción y la suspensión de la prescripción

741. Concepto 472

A. La interrupción de la prescripción

742. Concepto 472
743. a) La interrupción civil 473
744. La ineficacia de la interrupción civil 474
745. b) La interrupción natural 475
746. La interrupción de las prescripciones de corto tiempo 475
747. Efectos de la interrupción de la prescripción 476
748. Concepto 477

IV. La renuncia de la prescripción

PÁG.

749. Concepto 478
750. La renuncia anticipada 478
751. La renuncia de la prescripción consumada 479
752. Cuándo debe alegarse la prescripción consumada 479

V. Los efectos de la prescripción liberatoria

753. Enumeración 480

Título XII

LOS MODOS INDIRECTOS

754. Referencia 481

I. El mutuo disenso

755. Remisión 481

II. La revocación unilateral

756. Remisión 481

III. La nulidad y la rescisión

757. Concepto 482

IV. La resolución judicial y el pacto comisorio

758. a) La resolución judicial 483
759. b) El pacto comisorio 484

V. La revocación judicial

760. Concepto 485

VI. La declaración judicial de simulación

761. Concepto 485

VII. La transacción

762. Concepto 486

VIII. La perención procesal

PÁG.

763. Derogatoria 486
Bibliografía 487
Índice de autores 489
Índice de disposiciones 491
Índice de materias 497

Introducción

LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

I. Contenido.—La teoría de las obligaciones es la parte de la ciencia del derecho civil que nos da cuenta de la vida y trayectoria de las obligaciones civiles, desde su nacimiento hasta su extinción. Por lo tanto, dicha teoría estudia: qué son las obligaciones civiles, cuántas clases de ellas existen, cómo nacen, qué efectos producen, cómo se prueban, cómo se traspasan de unas personas a otras y, en fin, cómo se extinguen.

II. Importancia de la teoría.—Marcel Planiol, uno de los grandes juristas modernos de Francia, dice lo siguiente refiriéndose a este tema: "La teoría general de las obligaciones tiene una importancia doctrinal extrema. Cuando se la separa de la teoría de los contratos y de la de los delitos, a las que se encuentra mezclada en el Código Civil, es decir, cuando se toma la obligación, abstracción hecha de sus diversas fuentes, se ve aparecer en ella la parte más general de la ley, la que contiene todas las nociones fundamentales de la ciencia del derecho; todas las relaciones que existen entre los hombres, a lo menos todas aquellas que las leyes rigen, se reducen a la idea de obligación: ninguna cuestión de orden jurídico se puede concebir fuera de esta idea; allí donde no hay obligación, nada tiene que ver el derecho y nada tiene que decir el jurista; puede ser esta una cuestión de arte, de moral o de economía política, pero no una cuestión de derecho. Todo problema de derecho se puede formular en estos términos: ¿qué es lo que tal persona puede exigir a tal otra?; es decir, tomando por el lado inverso la relación que las une: ¿a qué está obligada la segunda persona frente a la primera? Es, pues, siempre a la verificación de un vínculo obligatorio a lo que se reduce todo problema de derecho, cualquiera que él sea; tal es la cuestión primordial que todas las otras encierran o implican"[1].

Esta tesis de Planiol ha suscitado críticas que, en parte, no carecen de fundamento. Así se dice y es cierto, que los argumentos aducidos por este autor sobrepasan en mucho la finalidad perseguida con ellos, cual es la demostración de la importancia capital que reviste la teoría de las obligaciones civiles, es decir, el estudio de aquellos vínculos de dependencia jurídica de contenido económico que se forman entre personas determinadas que se gobiernan por las normas del derecho civil. Efectivamente, el nombrado civilista francés ha

[1] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 12ème ed., t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, Preface, págs. IX y X.

confundido en este punto, como en otros varios, el deber jurídico, inmanente en todo el derecho, con la obligación civil, que es una pequeña manifestación particular de aquel; y, así, ha atribuido a la obligación civil toda la universalidad y toda la importancia que en el campo filosófico caracterizan al deber jurídico.

Sin embargo, reduciendo el concepto de la obligación al ámbito del derecho civil y, más concretamente, a los límites anteriormente señalados, todavía resulta que el estudio de la teoría de las obligaciones civiles es de grande importancia doctrinal y práctica.

En efecto, basta una ojeada de cualquier Código Civil, del nuestro por ejemplo, para advertir que la gran mayoría de sus disposiciones establecen y regulan relaciones de obligación propiamente dicha, es decir, relaciones de dependencia jurídico-económica entre personas determinadas; comparativamente, las reglas atinentes a los derechos extrapatrimoniales y a las situaciones jurídicas, patrimoniales o no, de una persona fuente a todas las demás (erga omnes), tienen un volumen más reducido. En el derecho de los bienes ocupa lugar preponderante la adquisición de ellos, la cual, en un estado avanzado de la civilización, casi siempre se realiza por transferencia, es decir, por enajenación de unas personas a otras: debido a que casi todos los bienes se encuentran apropiados, estos pasan de unas manos a otras mediante operaciones contractuales que constituyen uno de los temas principales de la teoría de las obligaciones. Y, por último, todas las legislaciones civiles consagran sus más extensos tratados a la reglamentación de las obligaciones y de los actos jurídicos que son la fuente más rica y frecuente de aquellas.

Con base en esta observación se justifica la crítica que el mismo PLANIOL formula contra el método tradicional de enseñanza del derecho civil. Si el concepto de la obligación impregna toda la legislación civil, el método tradicional que, a imitación de las Institutas de GAYO y de JUSTINIANO, antepone el estudio de las personas y de los bienes al de las obligaciones, constituye un error didáctico. "Si se quiere organizar para el derecho civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, se debería poner a la cabeza la teoría general de las obligaciones; cuando el estudiante supiera qué son un acreedor y un deudor, y cómo se llega a ser lo uno y lo otro, o cómo se deja de serlo, podría comprender en seguida, a primera vista y sin esfuerzo, las teorías y las ideas que en la actualidad asimila penosa e imperfectamente"[2].

Por otra parte, la enorme complejidad de la economía moderna acrecienta considerablemente la importancia que tiene la teoría de las obligaciones civiles. En las sociedades primitivas, casi solo se aplica el derecho que garantiza la ocupación y la conservación de las riquezas: siendo la economía y el comercio muy rudimentarios, el derecho de los contratos y de las obligaciones apenas si tiene aplicación práctica. Por el contrario, la complicación de la vida

[2] Ibídem, Preface, pág. x.

social y las múltiples necesidades que apareja dan la primacía al derecho de las obligaciones. En una civilización tan compleja y desarrollada como la actual, cada individuo crea, transforma y extingue diariamente varias obligaciones, lo que significa que la rama del derecho que a ellas se refiere es la que tiene mayor importancia práctica.

Más aún, la teoría de las obligaciones civiles no solo es de capital importancia para el estudio del derecho civil, sino que constituye también la estructura fundamental y la trama de otras ramas del derecho, principalmente del derecho mercantil y del derecho internacional público y privado[3]; así también del derecho laboral, que actualmente asume una posición de independencia frente a las otras ramas del derecho positivo.

III. Reseña histórica.—Esta teoría, tal y como se encuentra consagrada en las legislaciones modernas, es en sus líneas generales y aun en la mayoría de sus detalles, el legado más precioso de los jurisconsultos romanos. Sin embargo, sería erróneo afirmar que el derecho contemporáneo de las obligaciones es exactamente el mismo que consignaron las Instituta de Gayo y Justiniano, porque esta materia jurídica, igual que cualquiera otra institución humana, está sujeta a las transformaciones de la vida social. Así, por ejemplo, hay que tener en cuenta, entre otros hechos históricos, que durante la Edad Media, Europa se rigió simultáneamente por un sistema jurídico híbrido, romano-germánico, y que en la misma época el derecho canónico ejerció influencia decisiva sobre todas las manifestaciones del pensamiento, para comprender que estos sistemas necesariamente dejaron profundas huellas en las legislaciones de los siglos posteriores, como el Código de Napoleón y el Código de don Andrés Bello adoptado en Chile y en Colombia. Pero es más: la evolución de la teoría general de las obligaciones tampoco se ha estancado en las codificaciones modernas. Los descubrimientos científicos, el progreso de la instrucción, el incremento de la industria y los transportes, el mayor volumen de las transacciones comerciales, las nuevas concepciones políticas, etc., han provocado honda conmoción en el seno de la teoría de las obligaciones. Manifestaciones de ella son: la aparición de instituciones y teorías completamente nuevas, como las de la responsabilidad por el riesgo creado, el contrato por adhesión, el contrato colectivo, etc.; el desarrollo de otros conceptos que antes solo existían en estado embrionario, tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la normatividad del compromiso unilateral y otros; y, por último, el desuso y hasta la desaparición de principios e instituciones, tales como muchos de los atinentes al formalismo de los actos jurídicos[4].

[3] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, Curso de derecho civil, t. III, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, núm. 22, pág. 20.

[4] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 7, Paris, Recueil Sirey, 1932; Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 12ª ed., núm. 360.

Ahora bien, el iusnaturalismo y el racionalismo pusieron en boga, principalmente durante los siglos XVII y XVIII, la tesis de la inmutabilidad de la teoría de las obligaciones. El historicismo y el empirismo del siglo XIX, como también otras variantes del positivismo, han pecado por el exceso contrario, al negar totalmente la estabilidad de la teoría.

IV. PLAN DE LA OBRA. a) Determinación del contenido. Apartándose del método tradicional, justamente criticado por la doctrina moderna y que engloba en un todo el estudio de las obligaciones y de sus fuentes, con la natural consecuencia de que temas tan importantes y básicos para la formación jurídica sean tratados de modo superficial e inorgánico, algunas facultades de derecho han dividido dicha materia en varias asignaturas especiales y de intensidad adecuada. Así, en la facultad de derecho y ciencias socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, al menos mientras ocupamos su decanatura, el extenso temario de la teoría general de las obligaciones civiles que hemos señalado se dividía en cuatro asignaturas distintas, pero coordinadas entre sí, a saber: la de las obligaciones en sí mismas consideradas que, conforme lo quería PLANIOL, se limita al examen del concepto lógico-jurídico de la obligación, de la teoría general sobre las fuentes de las obligaciones, del régimen legal pertinente a estas una vez nacidas, del traspaso de ellas por su aspecto activo y por el pasivo, y, en fin, de los modos de su extinción. Al acto jurídico, hoy llamado también negocio jurídico, se le dedicaba otra asignatura especial, reconociéndole toda su alta jerarquía como factor constante, no solamente en la gestación de las obligaciones, sino en general en la producción de los efectos jurídicos; se separaba de la teoría general de los actos jurídicos el estudio de los contratos en especial. Y para completar la enseñanza relativa a las fuentes de las obligaciones, fue indispensable crear otro curso especial, cuyo tema principal es el de la responsabilidad por el hecho ilícito. Agrégase a lo dicho que corrigiendo el defecto técnico en que ha incurrido nuestro Código Civil, a imitación de sus modelos, el tratado de la prueba de las obligaciones se adscribió al curso de derecho probatorio.

b) Sinopsis de la obra. De acuerdo con las explicaciones precedentes, en esta obra se desarrollará el siguiente programa:

Parte primera: El concepto de la obligación civil, sus elementos y sus clasificaciones.

Parte segunda: Clasificación general de las fuentes de las obligaciones.

Parte tercera: El régimen legal de las obligaciones.

Parte cuarta: El régimen especial de ciertas obligaciones.

Parte quinta: La traslación de las obligaciones.

Parte sexta: La extinción de las obligaciones.

La verdad se encuentra en el justo medio: la teoría general de las obligaciones, legado de los jurisconsultos romanos, está dotada de gran firmeza y

estabilidad, gracias a su carácter general y abstracto, sin que esto quiera decir tampoco que dicha teoría haya escapado a la ley de la evolución a que están sujetas todas las instituciones humanas. Como observa DEMOGUE, la generalidad de la teoría de las obligaciones, debida a que esta abarca y comprende situaciones en extremo diversas, elevándose así naturalmente de los casos concretos al campo de las nociones sistemáticas, permite que dicha teoría tenga mayor firmeza que otras más vinculadas al medio social para el que fueron creadas, y que su transformación solo se opere muy lentamente merced a los golpes repetidos de las grandes corrientes sociales y dentro de ciertos límites impuestos por la razón[5].

[5] RENE DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. VII, núm. 16.

PARTE PRIMERA

EL CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN CIVIL, SUS ELEMENTOS Y SUS CLASIFICACIONES

Capítulo I

LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS CREDITICIOS

1. Precisión.—Por cuanto los conceptos de obligación y derecho crediticio se identifican entre sí; su determinación presupone la declaración de la teoría de los derechos reales y los derechos crediticios, la cual ha sido objeto de viva discusión entre los autores contemporáneos del derecho civil.

I. La teoría antigua

2. Antecedentes romanos.—Al decir de algunos autores, el derecho romano primitivo desconoció el concepto abstracto de la obligación: en los primeros siglos de Roma, solamente existió la noción del "obligado", que era la de un ciudadano sui iuris, quien, en virtud de una damnatio, tenía que trabajar como esclavo en casa de otro, cargado de cadenas, de donde le vino el nombre de obligado (obligatus). Es decir, el derecho romano primitivo, ajeno a las elevadas concepciones doctrinarias, consideró que todos los derechos patrimoniales eran vínculos puramente materiales y concretos que, unas veces, recaían sobre una cosa utilizada por el titular, y otras, sobre la persona obligada, también reducida así a la categoría de cosa. Pero una lex (la Poetelia Papiria) del año 457, redimió al deudor de la esclavitud, la venta y la muerte, que todo esto era permitido antes de dicha ley, y así comenzó a formarse el que se ha llamado "concepto abstracto de la obligación", para significar que esta ya no recae directa y concretamente sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio[1].

Este concepto abstracto de la obligación, que ya se encuentra claramente perfilado en las definiciones de los jurisconsultos romanos de la época clásica, es el de un vínculo jurídico (iuris vinculum), en virtud del cual una persona llamada deudor (debitor) tiene la necesidad respecto de otra llamada acreedor (creditor) de ejecutar una prestación (dare, praestare, facere, non facere)[2], con

[1] E. Cuq, Manuel des institutions juridiques des romains, 2ème ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, pág. 363; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8ème ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, pág. 1.

[2] Inst., 3, 13, De obl. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum mostrae civitatis iura.

el ítem más de que, a partir del Edicto Rutiliano (del pretor Plubius Rutilius, año 636), si bien se conservó la prisión privada por deudas y la obligación para el deudor de trabajar en provecho del acreedor, ya se hizo también efectiva la responsabilidad de dicho deudor sobre su patrimonio (venditio bonorum)[3].

3. La teoría antigua.—Con fundamento en este concepto evolucionado de la obligación, los comentaristas del derecho romano, y principalmente los pandectistas alemanes del siglo XVIII, elaboraron la teoría clásica de los derechos reales y los derechos crediticios, que se caracteriza por la oposición irreductible entre estas dos especies de los derechos patrimoniales. La mencionada teoría, tal como se encuentra expuesta, por ejemplo, por Baudry-Lacantinèrie y, más recientemente, por Colin y Capitant, se puede sintetizar así:

El activo patrimonial de una persona está compuesto de derechos reales y derechos crediticios. Los primeros son aquellos que tenemos directa o inmediatamente sobre una cosa determinada, y en virtud de los cuales dicha cosa nos pertenece totalmente o bajo ciertos respectos. En los derechos reales solo existen, pues, una persona y una cosa: el titular del derecho, quien puede retirar directamente de la cosa, sin necesidad de intermediario alguno, toda o parte de la utilidad de aquella, y dicha cosa, que es el objeto del derecho. Así, por ejemplo, en la propiedad, prototipo de los derechos reales, solamente existen el propietario y la cosa apropiada, y para la utilización de esta, aquel no necesita contar con ninguna otra persona. Por el contrario, el derecho crediticio es el que tenemos contra una persona determinada y en virtud del cual podemos exigir de esta la ejecución de un acto positivo, como la entrega de una suma de dinero; o una abstención, como en el caso de la prohibición al deudor de abrir un establecimiento de comercio en cierto sector o en cierta ciudad. De suerte que en el derecho crediticio existen necesariamente tres elementos, a saber: un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor, y, por último, un objeto del derecho o prestación que puede consistir en un acto positivo o en una abstención[4].

El Código Civil colombiano, inspirado en esta teoría, define los derechos reales y los derechos crediticios de la siguiente manera:

Art. 665.—"Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona...".

[3] Paulo, Digesto, 44, 7, De obl., 3, Obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel facendum vel praestandum.

[4] Baudry-Lacantinèrie, Précis de droit civil, 11ème ed., t. I, núms. 1227 y ss., Paris, Recueil Sirey, 1912, págs. 689 y ss.; Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 9ème ed., t. I, núms. 98 y ss., Paris, Librairie Dalloz, 1939, págs. 102 y ss.

Art. 666.—"Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...".

II. Las teorías modernas

4. Enunciado.—Desde fines del siglo XIX, la teoría antigua, tal como acabamos de exponerla, ha sido objeto de críticas severas que han dado lugar a la aparición de otras que tratan de explicar de diversas maneras la naturaleza de los derechos reales y de los derechos crediticios.

Para dar una idea de este movimiento doctrinario, vale la pena examinar algunas de tales teorías modernas, entre las cuales merecen especial mención la de Marcel Planiol y la de Julien Bonnecase, que, conjugadas entre sí, ofrecen la recta solución del problema.

5. a) Teoría de Eugenio de Gaudemet.—Puede citarse esta como un ensayo curioso, "fundado en un juego brillante de palabras", encaminado a reducir los derechos crediticios a la categoría de los derechos reales.

El nombrado jurista francés, refiriéndose a la evolución que ha sufrido el concepto de la obligación, afirma que el derecho crediticio ya no versa sobre la persona del deudor, sino sobre sus bienes, y que, por consiguiente, la única diferencia entre el derecho real y aquel otro estriba en que el crediticio no recae directamente sobre una cosa determinada, sino colectivamente sobre todos los bienes que componen el patrimonio del deudor. Es decir, que el derecho crediticio es, para él, un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material, lo que ocurre aunque la obligación sea de hacer o de no hacer, pues, en caso de incumplimiento, dicha obligación se resuelve en la de pagar en dinero los perjuicios ocasionados, y esta última también se hace efectiva sobre el patrimonio del deudor[5].

Como se observa, Gaudemet pretende construir el concepto del derecho crediticio en la negación de este, vale decir, en la hipótesis de su incumplimiento, comoquiera que solamente cuando este se da puede el acreedor exigir al deudor que responda de dicho incumplimiento con los bienes que integran su patrimonio. Con otras palabras, el derecho crediticio, mientras exista, confiere al acreedor la facultad de exigir al deudor una prestación cierta y determinada: dar, hacer o no hacer una cosa. Y cuando este se niega a satisfacer tal exigencia, la referida facultad del acreedor se transforma, entonces, en otra subsidiaria que es la que lo autoriza para hacerse indemnizar con los bienes del deudor.

[5] Julien Bonnecase, Précis de droit civil, 2ème ed., t. II, núms. 29 y ss., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1939, págs. 52 y ss.

Esta confusión entre el derecho principal del acreedor y la correspondiente prestación objeto de ese derecho, por una parte, y una de las facultades subsidiarias de aquel, por otra parte, confusión en que se funda toda la teoría de GAUDEMET, ha justificado su rechazo por la doctrina[6].

6. b) TEORÍA DE MARCEL PLANIOL.—Su autor la ha expuesto con tanto brillo, que conviene traducir sus propias palabras:

"He aquí, poco más o menos, la definición corriente del derecho real: hay derecho real desde que una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra persona (AUBRY y RAU, t. II, núm. 172). Esta definición implica, como carácter esencial del derecho real, la creación de una relación entre una persona y una cosa. Se quiere decir con esto que en todo derecho real no hay intermediario entre la persona, que es el titular, y la cosa sobre que recae el derecho. Si soy el propietario o el usufructuario de una casa, tengo por mí mismo el derecho de habitarla; para el ejercicio de este derecho, se puede hacer abstracción de toda otra persona distinta del titular. Otra cosa ocurriría si yo fuera simplemente arrendatario, pues entonces no tendría ningún derecho directo y que me perteneciera propiamente; sería solamente acreedor de su propietario, quien estaría obligado para conmigo a procurarme el goce. Si yo no hubiera ligado a este propietario mediante un contrato, no tendría derecho alguno sobre la cosa.

"Este análisis del derecho real rinde bastante tributo a las apariencias; da una idea que se adapta suficientemente a las necesidades de la práctica. Tiene aires de sencillez y satisface, porque en cierta medida ofrece un aspecto concreto del derecho de propiedad y de los otros derechos reales: muestra al propietario o al usufructuario solo en la posesión de su bien que todo el mundo le deja disfrutar apaciblemente y sin que aquel pida nada a nadie. Sin embargo, este análisis es falso en el fondo. No es exacto decir que el derecho real (la propiedad, por ejemplo) consiste en establecer una relación directa entre una persona y una cosa. Esta relación es tan solo un hecho y tiene su nombre: la posesión, esto es, la posibilidad de tener la cosa y de servirse de ella como dueño. Una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa; esto carecería de sentido. Por definición, todo derecho es una relación entre personas". El autor explica en nota: "No puede existir relación de orden jurídico entre una persona y una cosa, porque dar un derecho al hombre sobre la cosa equivaldría a imponer una obligación a la cosa en beneficio del hombre, lo que sería absurdo. El derecho solo puede existir en favor de una persona y a cargo de otras personas capaces de soportarlo como sujetos pasivos, es decir, capaces de tener obligaciones. Esta es verdad elemental sobre que reposa toda la ciencia del derecho y es axioma inquebrantable.

[6] Ibídem.

"En otros términos: el derecho real, como todos los otros derechos, necesariamente tiene un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. La definición que critico incurre en el error de suprimir el sujeto pasivo y de atenerse a los otros dos términos, reduciendo el derecho real al estado de relación entre el sujeto activo y el objeto de su derecho, cual es la cosa poseída.

"Apliquemos estas ideas al derecho de propiedad: hay una persona que nos suministra ya uno de los dos términos de la relación: el propietario; solamente falta el otro término y no es difícil descubrirlo: es todo el mundo, excepto aquel. Cualquier derecho real es, pues, una relación jurídica establecida entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, que tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas. La obligación impuesta a todos los demás distintos del titular del derecho es puramente negativa: consiste en abstenerse de todo aquello que podría turbar la posesión apacible que la ley quiere asegurar a este último. El derecho real se debe concebir, pues, bajo la forma de una relación obligatoria, en la que el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, al paso que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que entran en relación con el sujeto activo. El papel disimulado y borroso que se impone a estas últimas es lo que les impide percibir y darse cuenta de la naturaleza de la relación que ellas contribuyen a formar. Como solamente se les pide una abstención que es el estado normal, ellas desaparecen y uno no ve sino al titular del derecho en posesión de la cosa que se le ha atribuido, cumpliendo en paz los actos que constituyen el objeto de su derecho. De ahí la idea vulgar de relación directa de una persona con una cosa, idea superficial, falsa como concepción jurídica. En el fondo, las personas obligadas a abstenerse en beneficio del titular del derecho real no dejan de existir, y solamente en esto el propietario difiere del ladrón, quien está, exactamente lo mismo que aquel, en relación directa con la cosa; nadie está obligado a respetar la posesión del ladrón, todo el mundo tiene que respetar la del propietario. El vínculo obligatorio que engloba a todo el mundo, menos al titular del derecho, se hace visible cuando este es violado: el contraventor es condenado a una reparación, lo que no se comprendería, si a nada estuviera obligado con anterioridad"[7].

7. c) Teoría de Julien Bonnecase.—No acepta él la unificación de los derechos reales y crediticios, fundándose para ello en consideraciones de orden económico, que, en su sentir, no han sido tenidas en cuenta por las teorías unitarias, como la de Planiol y la de Gaudemet.

Para Bonnecase, el derecho real y el crediticio u obligación constituyen, respectivamente, las expresiones jurídicas de las nociones económicas de ri-

[7] Planiol y Ripert, Traité élémentaire..., t. I, núms. 2158 y ss., 12ème ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, págs. 726 y ss.

queza y de servicio, y son, por consiguiente, irreductibles entre sí. Partiendo del supuesto verdadero de que el hombre satisface sus necesidades económicas mediante la apropiación de los bienes que integran el mundo físico y mediante los servicios que le prestan sus coasociados, el autor concluye que, mientras el derecho real traduce la noción económica de riqueza y no tiene otra razón de ser que el aseguramiento, por vía de coacción exterior, de la apropiación de la misma, la noción del derecho crediticio u obligación hace otro tanto en lo que respecta a los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse o que la autoridad social juzga conveniente que se presten en determinadas circunstancias. De suerte que, para BONNECASE, la noción del derecho crediticio u obligación es a la noción económica de servicio, lo que la noción del derecho real es a la noción económica de riqueza[8].

8. d) TEORÍA DE LOUIS JOSSERAND.—La citamos, no porque ella aporte elemento nuevo para solucionar el problema en cuestión, sino porque representa una versión nueva de la teoría clásica, cuya defensa asume el autor fundándose para ello en errores históricos.

Considera él exagerados e injustos los reproches formulados por los "personalistas" (llamados así por la importancia que prestan al elemento humano en los derechos) contra la teoría clásica de los derechos reales y los derechos crediticios. Injustos por cuanto atribuyen gratuitamente "a los prudentes" la afirmación de que la cosa desempeña el papel de sujeto en los derechos reales, cuando en realidad ellos se limitaron a expresar que tales derechos establecen una relación directa entre el titular y la cosa, quedando esta a disposición de aquel, quien en la realización de sus prerrogativas no tiene que pasar por intermediario alguno. Exagerados, agrega, porque los personalistas pretenden ver en el derecho real una obligación negativa a cargo de todo el mundo, lo que hace de este derecho "un monstruo jurídico, un espanto para niños"; porque pretenden que todos los habitantes del planeta sean declarados, desde ahora, sujetos al titular del derecho, siendo poco probable que este tenga ocasión de argüir ese derecho contra todos ellos.

Por tales razones, JOSSERAND propone una nueva explicación de los derechos reales que regresa a la antítesis antes establecida entre estos derechos y los crediticios: los derechos reales presentan, según dicho autor, la característica, más bien teórica, de ser derechos absolutos: oponibles a todos ocasionalmente, pero abstracción hecha de ese fondo obligatorio preconstituido y permanente, cuya existencia afirman los personalistas. Caracterízase además el derecho real, según JOSSERAND, por la nota práctica que consiste en colocar al titular en situación adecuada para ejercer directamente y sin pasar por intermediario alguno las prerrogativas propias de tal derecho[9].

[8] Précis..., t. II, loc. cit.

[9] JOSSERAND, Cours de droit civil, t. I, núm. 1337.

III. Crítica de las teorías y conclusiones

La diversidad de las teorías elaboradas por los expositores del derecho civil acerca de la naturaleza de los derechos reales y los crediticios, de la cual hemos querido ofrecer una breve reseña en este capítulo, nos impone la necesidad de formular algunas observaciones críticas al respecto.

9. a) Crítica a la teoría antigua.—Esta, del modo como la hemos expuesto, es evidentemente contraria a los más elementales principios de la filosofía jurídica; la caracterización que ella hace del derecho real por la ausencia del sujeto pasivo, al definirlo como la relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, carece por completo de sentido en el mundo jurídico, en el cual solamente se dan relaciones entre personas. Suprimir el sujeto pasivo del derecho real equivale a suponer una obligación de la cosa en beneficio del hombre, lo que es absurdo. De suerte, pues, que las críticas que Marcel Planiol formula en tal sentido contra esta empírica teoría son plenamente justificadas y conducen inexorablemente a su rechazo.

Pero importa advertir una vez más que esta teoría no es obra de los "prudentes", es decir, de los jurisconsultos romanos, como lo supone Josserand, sino de sus intérpretes y, principalmente, de los pandectistas alemanes del siglo xviii. Tampoco es cierto lo que afirma el mismo tratadista, respecto a que se haya traicionado el pensamiento de los autores de la teoría hasta el punto de atribuirles gratuitamente la idea de que en el derecho real la cosa está obligada para con el titular de este. Basta, simplemente, transcribir a este respecto las palabras del pandectista alemán Heineccio: "Se pregunta: ¿qué es derecho in re y ad rem? Grocio define aquel: el derecho que tiene el hombre a una cosa sin consideración a determinada persona; y este, el derecho que tiene una persona para que otra le dé o haga alguna cosa. De donde fácilmente se perciben las diferencias que hay entre uno y otro. A saber: 1) cuando tengo derecho in re, está obligada la cosa; y cuando derecho ad rem, la persona..."[10].

10. b) Crítica de las teorías de Planiol y Bonnecase.—Enfocada desde el punto de vista lógico-jurídico, la teoría de Planiol resulta exacta, a lo menos en principio. La obligatoriedad es de la esencia de toda norma jurídica. De suerte, pues, que si una norma de esta índole le reconoce y garantiza a una persona un derecho subjetivo, real o no real, necesariamente crea e impone a otra persona un deber correlativo. ¿Cuál es el sujeto pasivo de este deber cuando se trata de un derecho real? Sería absurdo pensar que lo fuera la cosa, objeto material del derecho, porque, repetimos, una relación jurídica solamente puede existir entre personas. Luego es indispensable sobrepasar la apariencia

[10] Recitaciones del derecho civil romano, 6ª ed., Valencia, 1873, pág. 331.

material del derecho real impuesta por las necesidades técnicas y trasladarse al campo filosófico-jurídico para buscar en este el elemento esencial que, a primera vista, se echa de menos. Así procede MARCEL PLANIOL y el resultado por él obtenido es indiscutible: el sujeto pasivo de cualquier derecho real es toda persona distinta del titular, que se ponga en relación con este; "es todo el mundo, excepción hecha del sujeto activo del derecho". "El vínculo obligatorio que engloba a todo el mundo, menos al titular del derecho, se hace ostensible cuando este es violado: el contraventor es condenado a una reparación, lo que no se comprendería si a nada estuviera obligado con anterioridad".

Pero si bien es cierto que no es posible diferenciar el derecho real del crediticio por faltar en el primero un sujeto pasivo obligado en beneficio del sujeto activo, la teoría unitaria de PLANIOL se excede al reducir la noción del derecho real a la del crediticio u obligación propiamente dicha[11].

Para definir una especie perteneciente a determinado género, no se pueden tomar en cuenta exclusivamente las notas o atributos comunes de dicho género, sino que se debe atender también a las características propias de la especie. Por consiguiente, para definir el derecho real no basta hacer notar simplemente que en él se dan todos los elementos del género derecho subjetivo (sujeto activo, sujeto pasivo y objeto), porque, entonces, se corre el peligro de identificar entre sí todas las varias especies que dicho género comprende, que no otra cosa le ocurre a PLANIOL, quien con la misma argumentación que emplea para concluir que el derecho real es una obligación a cargo de todo el mundo, ha podido decir que el derecho crediticio es un derecho real a cargo de una persona determinada. El derecho real y el crediticio u obligación pertenecen al género de los derechos patrimoniales o de contenido económico y, por este aspecto, se diferencian ya de los derechos extrapatrimoniales o de contenido moral. Por otra parte, como bien lo nota BONNECASE, el derecho real traduce jurídicamente la noción económica de la apropiación de la riqueza y el crediticio la de prestación de los servicios. Y es obvio que estas finalidades inmediatas y diversas necesariamente imprimen diferencias específicas entre tales derechos: no pueden ser exactamente iguales el concepto y el régimen jurídico del derecho que garantiza la utilización de los bienes materiales y el concepto y régimen del derecho que obliga a una persona a prestar un servicio en provecho de otra. Por esto último, la teoría económica de BONNECASE constituye un correctivo necesario y muy importante de la de PLANIOL, y en general, de todas aquellas otras que pasan por alto las diferencias específicas entre las dos clases de los derechos patrimoniales.

11. c) CRÍTICA DE LA TEORÍA OCASIONALISTA DE JOSSERAND.—Esta teoría es inaceptable para la solución del problema: decir con JOSSERAND que los dere-

[11] Esta exageración obedece a una confusión entre la noción de la obligación civil propiamente dicha y el concepto más amplio del deber jurídico, confusión que ya hemos notado anteriormente.

chos reales son oponibles a todo el mundo, pero ocasionalmente y "abstracción hecha de ese fondo obligatorio preconstituido que suponen los personalistas", equivale a decir que la relación jurídica constitutiva de tales derechos puede existir sin sujeto pasivo antes de la violación de estos, lo que es erróneo desde el punto de vista filosófico. Además, esta teoría deja sin explicación satisfactoria la imposición de sanciones al infractor del derecho real, pues, si no se presupone la existencia de un vínculo obligatorio que incluya a dicho infractor, ¿cuál puede ser el fundamento de las sanciones que se le aplican?

Por lo dicho, esta teoría es mera versión de la clásica y para su refutación son igualmente valederas las críticas que la doctrina ha formulado contra esta[12].

12. d) Conclusiones.—De todo lo expuesto, resulta: 1º) que los derechos reales y los crediticios no se diferencian por el número de sus elementos esenciales, porque todos los derechos subjetivos, género a que ambas especies pertenecen, constan de tres elementos, a saber: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto. Luego son erróneas por este aspecto aquellas teorías, como la clásica y la ocasionalista, que pretenden caracterizar el derecho real, o bien por la ausencia total del sujeto pasivo, o bien por la aparición de este en el momento de la violación, y 2º) que los derechos reales y los crediticios, en su condición de especies distintas de un mismo género, necesariamente presentan diferencias específicas entre sí, impuestas por las diversas finalidades socioeconómicas que las determinan. Luego también pecan por este aspecto las teorías unitarias, como la de Planiol y la de Gaudemet.

IV. Las diferencias específicas entre los derechos reales y los derechos crediticios

13. Enumeración.—1ª) El derecho crediticio existe contra la persona determinada que debe prestar al acreedor el servicio que constituye objeto de tal

[12] No nos hemos detenido en el presente capítulo a considerar la novedosa teoría, de origen positivista y de crudo sabor materialista, que pretende suprimir los elementos personales en el derecho crediticio u obligación, reduciéndolo a una relación entre dos patrimonios, de los cuales el acreedor y el deudor apenas sí desempeñan el papel de guardianes ocasionales. Esta teoría es hermana gemela de la concepción también positivista del "derecho subjetivo-función social" de Léon Duguit, que pretende aniquilar al individuo, vale decir al hombre, sujeto nato de todas las relaciones jurídicas y morales, en aras del Estado. Recuérdese que en esta concepción el propietario, por ejemplo, también se convierte en simple cuidandero de los bienes que el Estado deposita bajo su guarda, y que igual suerte corren todos los derechos que el hombre tiene en razón de las leyes naturales. Por lo que respecta a la pretendida "obligación entre patrimonios", bástenos agregar que las ventajas que se le atribuyen para justificarla, como la de ser la única explicación adecuada de la representación, de la personalidad no natural, de la sustitución de los sujetos activos y pasivos de la obligación, de la negociabilidad de los títulos al portador, de la mayor eficacia de la promesa por otro y de la estipulación para otro, etc., no son efectos propios de dicha teoría, sino consecuencias naturales de la tradición espiritualista del derecho occidental que el positivismo ha tratado vanamente de sustituir.

derecho, y, aun en el caso de que los deudores sean varios, estos también están limitativamente determinados. Por el contrario, el derecho real, traducción jurídica de la utilización de un bien por una persona, implica el deber a cargo de todo el mundo de respetar dicha utilización; es decir, que este derecho es oponible a cualquier persona distinta del titular. La mencionada diferencia se expresa en el léxico filosófico-jurídico, diciendo que el derecho crediticio es relativo (a una o más personas determinadas), al paso que el derecho real es absoluto o erga omnes (respecto de todo el mundo).

2ª) El deber universal implícito en el derecho real, tiene siempre por objeto una abstención; como se trata de garantizar con él la apropiación de un bien, lo único que se exige al sujeto pasivo es la observancia de cierta conducta que no impida el ejercicio de las facultades que se reconocen al titular. El derecho crediticio, encaminado a imponer la prestación de un servicio, puede exigir del sujeto pasivo la obligación de ejecutar un hecho positivo, como la entrega de una suma de dinero, y también una abstención, verbigracia, no hacer competencia comercial al acreedor.

3ª) Aun en el caso de que el derecho crediticio tenga por objeto la abstención del deudor, existe marcada diferencia entre aquel y el derecho real. La abstención impuesta por este último corresponde a un estado normal y, por consiguiente, pasa inadvertida del sujeto pasivo. Por el contrario, la abstención que nace con el derecho crediticio merma las facultades que normalmente reconoce la ley a las personas; de suerte que, entonces, la obligación sí hace sentir todo su peso al deudor. Con otras palabras: el derecho real de una persona no tiene contrapartida en el pasivo patrimonial de quienes deben respetarlo, al paso que el derecho crediticio sí grava el patrimonio del deudor. El carácter excepcional de la obligación de no hacer, correlativa al derecho crediticio, se pone de manifiesto en el ejemplo del vendedor de un establecimiento comercial, que se compromete a no abrir otro similar en determinado sector; el deudor, en este caso, queda inhibido para ejercer una facultad que el derecho común le permite normalmente.

4ª) El derecho real garantiza al titular la utilización de una cosa con exclusión de toda otra persona; por consiguiente, mientras el derecho se conserva, el titular que no tiene la posesión de la cosa puede perseguirla en cualesquiera manos en que se encuentre (ius persequendi). Esta es consecuencia lógica de que el derecho real es oponible a todo el mundo. En cambio, el titular del derecho crediticio solamente puede hacerlo valer contra la persona determinada a cuyo cargo existe la obligación.

5ª) Los derechos reales gozan del atributo denominado derecho de preferencia (ius preferendi), que también se explica por el carácter absoluto de tal especie de derechos; así, por ejemplo, el propietario de una cosa dada en depósito no sufre las consecuencias de la liquidación obligatoria que se siga al depositario, comoquiera que su derecho les es oponible a estos. A la inversa y en principio, los simples acreedores no gozan de preferencia; por consiguiente,

sus créditos quedan sujetos al prorrateo que se haga de los bienes del deudor concursado. Si el valor de dichos bienes es inferior al monto de los créditos, cada uno de estos se disminuye proporcionalmente para los efectos del pago.

6ª) Por cuanto los derechos reales implican un deber universal, no pueden existir sino aquellos que la ley expresamente reconozca. Dentro de los límites que la ley señala a la autonomía de la voluntad privada, los particulares pueden pactar a su arbitrio la creación de cualesquiera derechos crediticios. Pero no pueden crear derechos reales no reconocidos por la ley, porque estos obligan a todo el mundo y solamente la ley puede limitar, por vía de reglamentación general, las facultades de todos los individuos.

Capítulo II

EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y SUS ELEMENTOS

14. Definición.—El Código Civil colombiano no define expresamente el concepto de la obligación; pero su artículo 1495 da una idea clara de esta, al definir el contrato con las siguientes palabras: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

La obligación es, según definición corriente, un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.

15. Diversas acepciones de la obligación.—Esta expresión se emplea indistintamente para designar: 1°) el vínculo jurídico considerado en su integridad, esto es, tal como acabamos de definirlo; 2°) su aspecto activo en cuyo caso obligación es sinónimo de derecho crediticio (o derecho personal, como dicen algunos, con menos propiedad)[1], y 3°) el aspecto pasivo del vínculo, también denominado deuda.

Además, se suele emplear dicha expresión para significar el documento en que consta la obligación, como puede verse en el artículo 2544 del Código Civil. Esta última acepción se presta a confusiones.

16. Los elementos de la obligación.—El análisis de la definición que hemos dado de la obligación permite descubrir en ella tres elementos, a saber: 1°) una persona, sujeto activo del vínculo jurídico, llamada acreedor (creditor), de donde le viene a la obligación el nombre de derecho crediticio[2]; 2°) otra persona, sujeto pasivo del vínculo jurídico, denominada deudor (debitor), quien se encuentra en la necesidad jurídica de procurar a su acreedor el beneficio del derecho, y 3°) por último, la prestación, objeto de la obligación y que, según el artículo 1495 del Código Civil, puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna

[1] La expresión derecho personal, íntimamente ligada a la teoría clásica de los derechos reales y los derechos crediticios, sugiere la idea de que pueden existir derechos que no sean relaciones entre personas.

[2] El acreedor (del latín creditor, derivado de credere: creer) cree, es decir, que deposita su confianza en el deudor.

cosa. Las obligaciones de dar son las que tienen por objeto la transferencia de la propiedad plena o desmembrada, o de la propiedad fiduciaria, y las que tienen por objeto la misma desmembración de la propiedad o la constitución de fideicomiso en la totalidad o en una cuota de cosa singular o de género; las obligaciones de hacer imponen la ejecución de un hecho positivo, como la prestación de un servicio o la entrega misma de una cosa, cuando esta entrega no implica mutación de la propiedad, como ocurre en las hipótesis de arrendamiento, comodato, prenda, etc., y, en fin, las obligaciones de no hacer versan sobre una abstención, v. gr., no abrir establecimiento mercantil en cierto sector, no levantar muro por encima de cierta altura.

Capítulo III

CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES

17. Cuadro sinóptico.—Las principales clasificaciones que se suelen hacer de las obligaciones, atendiendo a diversos criterios, son las que se resumen en el siguiente cuadro sinóptico.

Criterio	Clasificaciones	Subclasificaciones
Sanción	Civiles y naturales	
Modalidades	Puras y simples, condicionales y a plazo	
Dependencia	Principales y accesorias	Accesorias de otras obligaciones y reales o propter rem
Sujetos	De sujetos simples y de sujetos plurales	Conjuntas y solidarias
Objetos	Positivas	De dar y de hacer
	negativas o de no hacer	
Ídem	De especie o cuerpo cierto y de género	
Ídem	De objeto simple, de objeto plural o alternativas	Comunes y facultativas
Ídem	Divisibles e indivisibles	
Ídem	De medios y de resultado	

Los efectos especiales de las obligaciones relacionadas en el cuadro anterior serán objeto de un estudio pormenorizado en la parte cuarta de este curso, destinada precisamente a dicho tema. Sin embargo, importa conocer desde ahora el concepto y las características de cada una de dichas clases.

18. Las obligaciones civiles y las naturales.—La coercibilidad es elemento esencial de toda norma jurídica. En materia de obligaciones, la coercibilidad se traduce en la ejecución coactiva de ellas. Excepcionalmente, ciertas obligaciones están desprovistas de esta especie de sanción, aunque la ley sí les reconoce poder suficiente para engendrar otras consecuencias jurídicas. Surge de aquí la clasificación de las obligaciones en civiles y naturales enunciada en el artículo 1527 del Código Civil, a cuyo tenor, "las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas...".

19. Obligaciones puras y simples, condicionales y a plazo.—Ordinariamente, las obligaciones nacen y comienzan a producir sus efectos desde el momento en que se presentan los hechos que según la ley constituyen las fuentes de ellas. Las obligaciones que se encuentran en estas circunstancias se denominan puras y simples, y, por lo dicho, constituyen la regla general. Pero también puede suceder que el nacimiento o el solo cumplimiento de una obligación quede pendiente de un hecho futuro. Por ejemplo, si una persona debe pagar a otra una suma de dinero cuando esta contraiga matrimonio, la obligación no nace sino a partir del momento en que se realice el hecho previsto, es decir, el matrimonio. Y si para el cumplimiento de la obligación se ha fijado una fecha determinada, la obligación se reputa nacida, pero no es exigible sino desde el advenimiento de la fecha señalada. Estas obligaciones, sujetas a hechos futuros, se denominan condicionales o a plazo, según la naturaleza del hecho que las afecta. Son condicionales aquellas cuyo nacimiento pende de un hecho futuro e incierto, vale decir, de un hecho posterior a la fuente, pero que no se puede saber si habrá de ocurrir o no, como el nacimiento de una persona o la llegada de un barco a puerto. Las obligaciones a plazo son aquellas cuyo solo cumplimiento pende de un hecho futuro y cierto, esto es, de un hecho posterior que se sabe que habrá de ocurrir, como la muerte de una persona o la llegada de cierta fecha. Además, la condición y el plazo también pueden producir la extinción prematura de una obligación, como cuando se pacta que esta exista hasta que el deudor cumpla la mayor edad o hasta la terminación de cierto año.

20. Obligaciones principales y accesorias.—Las primeras son aquellas que existen por sí solas, independientes de otras obligaciones y, en general, de

otros derechos, como la que tiene el comprador de pagar al vendedor el precio estipulado. Las segundas son aquellas cuya existencia depende, bien sea de otras obligaciones, bien sea de ciertos derechos reales a que acceden. El prototipo de la obligación accesoria de otra obligación es la nacida del contrato de fianza, mediante el cual el fiador garantiza el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor principal. Y las obligaciones que acceden a un derecho real se suelen denominar obligaciones reales o propter rem y se caracterizan porque colocan al deudor en la necesidad de ejecutar una prestación, exclusivamente en razón y en la medida del derecho real que aquel tiene sobre una cosa, v. gr., la obligación que tiene el propietario de un fundo de contribuir con sus vecinos en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento común.

21. Obligaciones de sujetos simples y de sujetos plurales.—Para que la obligación exista es necesario que el vínculo constituido por ella se forme, a lo menos, entre dos personas: el acreedor y el deudor. Pero bien puede ocurrir que uno de estos extremos del vínculo o ambos estén formados por dos o más personas, como si A y B deben mil pesos a X y Z. De lo dicho resulta la clasificación de las obligaciones en obligaciones de sujetos simples y obligaciones de sujetos plurales.

22. Obligaciones conjuntas y solidarias.—Las obligaciones de sujetos plurales se subclasifican, a su vez, en conjuntas y solidarias. Las primeras son aquellas que teniendo por objeto cosa divisible, se han contraído por dos o más, o para con dos o más, en forma tal que cada deudor apenas está obligado a pagar su parte o cuota en la deuda, y que cada acreedor solamente puede exigir su parte o cuota en el crédito (C. C., arts. 1568 y 1583). Por ejemplo, si A y B deben mil pesos a X y Z, en forma tal que A responde de quinientos pesos y B de los otros quinientos, y que X tenga derecho a setecientos pesos y Z a los trescientos restantes, la obligación es conjunta. Las obligaciones solidarias son las que existiendo también a cargo de dos o más, o en favor de dos o más, imponen a cada deudor el pago de la totalidad de la deuda, o dan derecho a cada acreedor sobre la totalidad del crédito, a pesar de que el objeto sea susceptible de división. Por ejemplo, si en la hipótesis antes propuesta A o B tienen que pagar todos los mil pesos, o si X o Z tienen derecho a exigirlos también todos, la obligación es pasivamente solidaria o activamente solidaria, respectivamente.

23. Obligaciones positivas y negativas.—No requieren mayor explicación. La obligación es positiva cuando su objeto consiste en un acto positivo o prestación stricto sensu, como la construcción de una casa, la entrega de un fundo o la tradición de un caballo. Es negativa o de no hacer cuando tiene por objeto una abstención: no hacer competencia comercial, no levantar un muro a más de cierta altura.

24. OBLIGACIONES DE DAR Y DE HACER.—Es una subclasificación muy importante de las obligaciones positivas. En términos corrientes, las obligaciones positivas son siempre obligaciones de hacer, pues su objeto es la ejecución de actos positivos, dentro de los cuales queda comprendido el que consiste en dar una cosa. Sin embargo, la expresión dar (dare) tiene un significado especial en el léxico jurídico: equivale a transferir la propiedad plena o desmembrada o la propiedad fiduciaria y, también, a la desmembración misma de la propiedad o a la constitución de fideicomiso o de gravamen en cosa singular o en cosa de género. Las obligaciones de hacer se reducen, pues, a las que tienen por objeto un acto positivo del deudor, como la prestación de un servicio y a las que tienen por objeto la entrega de una cosa, siempre y cuando tal entrega no implique mutación de la propiedad, como la que debe hacer el arrendador al arrendatario o el depositario al depositante. Como ya quedó expuesto, las obligaciones de no hacer son las negativas o que tienen por objeto una abstención del deudor.

25. OBLIGACIONES DE GÉNERO Y DE ESPECIE O CUERPO CIERTO.—Cuando el deudor se obliga a dar o simplemente a entregar una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, o tres vacas, o cien hectolitros de vino, la obligación es de género. Si el deudor se obliga a dar o a entregar una o más especies determinadas de cierto género, como el caballo Sultán, o tal automóvil Austin, la obligación es de especie o cuerpo cierto.

26. OBLIGACIONES DE OBJETO SIMPLE Y DE OBJETO PLURAL O ALTERNATIVAS. Las primeras son aquellas cuyo objeto consiste en dar, hacer o no hacer cosa que es única por su naturaleza o que jurídicamente se reputa como tal, v. gr., la de entregar un caballo y la de dar un hato o cien pesos. La obligación de objeto plural no es, como pudiera pensarse, la que tiene varias prestaciones, estando obligado el deudor a satisfacerlas todas, como cuando A tiene que dar a B una casa, un rebaño y mil pesos, pues entonces existen tantas obligaciones cuantos sean los objetos debidos, y ni la unidad de la causa ni la identidad de los sujetos alcanzan a producir la unidad de las obligaciones. Así, en el ejemplo propuesto, aunque las prestaciones que debe A provengan todas de un solo contrato de permuta y aunque tenga que cumplirlas todas, siempre existen tres obligaciones distintas, a saber: obligación de dar una casa, obligación de dar un rebaño y obligación de dar mil pesos. Conclúyese de lo dicho que no hay obligaciones de simple objeto plural como lo pretenden algunos[1]. Tampoco son de objeto plural las obligaciones facultativas, que son aquellas cuyo objeto puede ser reemplazado por otro en el momento del pago, a voluntad del deudor, como si yo debo dar una casa, pero se me otorga la facultad de pagar diez mil pesos en lugar de ella. Estas obligaciones son de objeto simple, porque solamente

[1] ALESSANDRI y SOMARRIVA, Curso de derecho civil, t. III, núm. 35, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, págs. 26 y 27.

tienen una prestación debida (in obligatione), sin perjuicio de que otra u otras prestaciones que están fuera del vínculo obligatorio (in facultate solutionis) también puedan servir para el pago.

De suerte que las únicas verdaderas obligaciones de objeto plural son las obligaciones alternativas, en las cuales el deudor sí debe dos o más prestaciones, pero se liberta pagando una sola de ellas. Si en el ejemplo propuesto de que A deba una casa, un rebaño y mil pesos, queda completamente libre con el pago de uno de tales objetos, v. gr., de la casa, entonces sí se trata de una sola obligación alternativa, porque de no ser así, no se explicaría la extinción del vínculo obligatorio y la liberación del deudor por el cumplimiento de una sola de las prestaciones debidas. Luego la nota característica de la obligación alternativa, la que la diferencia de la obligación facultativa, consiste en que todos los objetos de aquella entran en el vínculo obligatorio (in obligatione), pero solo uno de ellos obra en el pago (in solutione).

27. Obligaciones divisibles e indivisibles.—Esta clasificación atiende a si la prestación que constituye objeto de la obligación puede ser satisfecha o no por partes. En el primer caso, la obligación es divisible, y en el segundo, es indivisible. De suerte que, en principio, es la naturaleza del objeto la que se toma como criterio para determinar la clase a que por este aspecto pertenece la obligación. Así, las obligaciones a dinero son divisibles y las que versan sobre la entrega de un caballo o la edificación de una casa son indivisibles. Aunque el objeto sea divisible, la indivisibilidad de la obligación puede resultar también de la convención de los interesados o de la ley.

Esta clasificación carece de importancia en tratándose de obligaciones de sujetos simples, o sea, de aquellas en que solo hay un acreedor y un deudor, pues entonces, prescindiendo de la naturaleza del objeto, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes (C. C., art. 1649). Por el contrario, cuando hay varios acreedores o varios deudores y el objeto de la obligación es indivisible, sí se presenta el problema de saber cómo tiene que cumplir cada deudor y qué es lo que puede exigir cada acreedor. Por esta circunstancia, los tratadistas suelen incluir las obligaciones indivisibles en la clase de las obligaciones de sujetos plurales. Pero esta es una inexactitud, porque una obligación es divisible o indivisible según su objeto y con prescindencia del número de sujetos.

28. Obligaciones de medios y de resultados.—De introducción relativamente reciente en la doctrina, esta clasificación se endereza a determinar cuándo hay o no inejecución de obligaciones y el papel que desempeña el caso fortuito, cuestiones estas que son fundamentales para valorar la responsabilidad que compete al deudor por la referida inejecución. Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. Tal es la

del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de este, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel. La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así, pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato.

29. Referencia a las obligaciones modales.—No incluimos en las clasificaciones de las obligaciones las así llamadas porque consideramos que tal especie no existe, sino que el concepto que de ella se ha ofrecido es el producto de una confusión doctrinaria y legislativa de tal concepto con el de las obligaciones propter rem[2].

En efecto, el Código Civil, en el capítulo IV, del título IV, del libro III, reglamenta las asignaciones modales y define el modo así: "Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva" (art. 1147). Infiérese de esta definición que el modo es la carga u obligación que se le impone al asignatario, y que lo modalizado es el derecho asignado. Así, si se lega un edificio para que el legatario lo destine al funcionamiento de un colegio, el legado es modal, pero no lo es la obligación del legatario, la que constituye el modo. Ahora bien, como esta obligación pesa sobre el asignatario, exclusivamente en razón y en la medida del derecho que se le asigna, el modo, es decir, dicha obligación, forma parte de la categoría de las obligaciones propter rem.

Y lo propio sucede en el campo contractual. Si en un contrato gratuito, como en una donación, o en uno oneroso, como una compraventa, se le impone a una de las partes una carga que no constituye la natural contraprestación en favor de la otra parte, v. gr., la de destinar el edificio donado o vendido al funcionamiento de un colegio, lo modalizado es el derecho que adquiere el donatario o comprador, pero no su obligación de darle al edificio la destinación especial estipulada, la que así constituye para él una obligación propter rem y no una "obligación modal". Ahora, si esta obligación es la contraprestación de la que la otra parte adquiere, por tratarse de un contrato bilateral, llamarla modal carecería de sentido y conduciría a darle tal calificativo a todas las obligaciones comunes que nacen interdependientemente de dicha clase de contratos. Así, la obligación de pagar el precio de la compraventa sería un modo de la obligación del vendedor de hacer tradición de la cosa vendida y viceversa.

En suma: incurre en impropiedad el Código Civil, al suponer la existencia de obligaciones modales, pues, según ha quedado expuesto, hay derechos modales, sujetos al cumplimiento de obligaciones propter rem, en cuanto estas acceden a tales derechos y se explican en razón de ellos. Por manera que la re-

[2] Véase núm. 321, infra.

misión que el artículo 1550 hace a las disposiciones del título IV del libro III sobre las asignaciones modales debe entenderse, con propiedad, referida a los derechos modales resultantes de los contratos y no a las obligaciones que modalizan tales derechos, sin perjuicio de que estas, al constituir un modo o carga de aquellos, puedan regirse por las normas que el mencionado título establece para el modo, por ejemplo, el de poderse cumplir este por equivalencia, cuando, sin hecho o culpa del titular del derecho, es imposible de cumplir en la forma estipulada (art. 1151).

PARTE SEGUNDA

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

I. La clasificación del Código Civil

30. PRENOTANDOS.—La técnica legislativa moderna se opone a que en el texto de la ley se incluyan disposiciones didácticas, definiciones, enumeraciones, etc., cuya elaboración corresponde privativamente a la doctrina, no al legislador. Por tal razón, algunas de las más recientes codificaciones del derecho civil se abstienen de catalogar las fuentes de las obligaciones, vale decir, los hechos y situaciones jurídicas de donde estas derivan.

Por el contrario, nuestro Código, a imitación del francés y, en general, de los del siglo XIX, dedica varios de sus artículos a la relación y definición de las diversas fuentes de las obligaciones por él reconocidas. Así, conforme al artículo 1494 de dicha obra, "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Este artículo, mal tomado del 1437 del Código chileno, el que también enuncia el cuasidelito entre las fuentes de las obligaciones, se complementa con el artículo 34 de la ley 57 de 1887, que dispone lo siguiente:

"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

"Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

"Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

"Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

De suerte que, según el pensamiento del legislador colombiano, las fuentes de las obligaciones se pueden reducir a cinco, a saber: a) el contrato, en el que hay "concurso real de las voluntades de dos o más personas"; b) el cuasi-contrato, que sería el hecho voluntario lícito de la persona que se obliga, tal la aceptación de una herencia o legado, el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y la gestión de la comunidad, instituciones estas que el Código califica como cuasicontratos; c) el delito que, por definición legal, es el hecho ilícito cometido con la intención de dañar; d) el cuasidelito o culpa, que es el hecho ilícito cometido sin la intención de dañar, y e) la ley que, según se infiere del

artículo 1494 citado, es fuente autónoma de ciertas obligaciones, como las existentes entre los padres y los hijos de familia.

La precitada enumeración de las fuentes de las obligaciones implica que nuestro Código ha consagrado la teoría clásica elaborada por los intérpretes del derecho romano, prohijada por POTHIER y, en general, por los civilistas de los siglos XVIII y XIX. Pero de aquel entonces a hoy se ha registrado un intenso movimiento doctrinal al respecto; certeras críticas se han formulado contra ella, y para reemplazarla, se han propuesto otras varias teorías.

II. Otras clasificaciones

Para los fines que nos proponemos, resultaría excesiva la pretensión de ofrecer una visión más o menos completa del discordante pensamiento de los tratadistas en este punto. Sin embargo, la exposición sintética de algunas de las principales teorías formuladas por ellos sirve para señalar el interés que ha despertado la clasificación de las fuentes de las obligaciones y el poco éxito alcanzado por la doctrina en su declaración unívoca.

31. a) TEORÍA DE MARCEL PLANIOL.—Este notable jurista dice que "en realidad, solo existen dos fuentes de obligaciones: el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor y la voluntad omnipotente de la ley que impone una obligación a una persona a su pesar y en interés de otra...". "En el contrato es la voluntad de las partes la que forma la obligación, es ella la que verdaderamente constituye su causa creadora, es ella la que determina su objeto, su extensión y sus modalidades; la ley no interviene sino para sancionar este acuerdo: abriendo a las partes la acción contractual, se limita a visar su convención. Donde quiera que no se encuentre este acuerdo de voluntades, que es la esencia del contrato, nada puede existir que se parezca a un contrato. Ninguna otra fuente de obligaciones tiene naturaleza casi contractual, porque no existe ninguna que represente algo análogo a un acuerdo voluntario entre el acreedor y su deudor. Ahí está el gran defecto de la clasificación de HEINECCIO y de POTHIER. El error inicial cometido por estos autores ha sido señalado por DUCARROY: se han equivocado al erigir los cuasicontratos y los cuasidelitos en fuentes de las obligaciones, creyendo conformarse a las ideas romanas. Los jurisconsultos antiguos, al hablar de obligaciones quae quasi ex contractu (o quasi ex delicto) nasci videntur, no habían querido calificar el hecho de que tales obligaciones derivan, sino simplemente determinar el régimen que correspondería aplicarles una vez nacidas, porque el derecho romano, que establecía gran diferencia entre las obligaciones nacidas ex maleficio y todas las demás, no quería tratar con mucho rigor a las personas que se encontraran exentas de dolo o culpa...

"Toda obligación que no deriva de un contrato no tiene otra fuente que la ley; toda obligación legal se motiva en el temor de una lesión injusta a otro, que

se trata de evitar si está aún por realizarse, y de reparar si ya se ha realizado. Las que tienen por fin evitar una lesión futura, son aquellas obligaciones para las cuales el lenguaje ordinario reserva el nombre de obligaciones legales; las que tienden a la reparación de un perjuicio ya causado, son las obligaciones que ordinariamente se denominan delictivos, cuasidelictivos y cuasicontractuales.

"La fórmula más general que se puede dar de la obligación legal es, pues, esta: no perjudicar a otro sin derecho..."[1].

32. b) Teoría de Colin y Capitant.—Estos autores también rechazan la noción clásica del cuasicontrato, proveniente de un error de los intérpretes del derecho romano y para sustituirla proponen ellos las nociones del compromiso unilateral, del enriquecimiento injusto y de la agencia oficiosa. De suerte que, en su opinión, las fuentes de las obligaciones son: a) el contrato, b) el compromiso unilateral, c) los actos ilícitos (delitos y cuasidelitos), d) el enriquecimiento injusto, y e) la agencia oficiosa[2].

33. c) Teoría de Louis Josserand.—Coincide con la opinión dominante en cuanto a la crítica de la noción clásica del cuasicontrato, figura que él califica de "especie de monstruo legendario que es indispensable borrar del léxico jurídico", por cuanto la gestión de negocios y el pago de lo no debido que los redactores del Código francés habían clasificado en esta denominación equívoca, pertenecen en realidad a familias más claramente determinadas.

De estas y otras observaciones críticas en cuanto a la teoría clásica, Josserand concluye que las fuentes de las obligaciones son: 1º) los actos jurídicos, que se subdividen en contratos y compromisos unilaterales (actos de formación unilateral); 2º) los actos ilícitos (delitos y cuasidelitos); 3º) el enriquecimiento sin causa, y 4º) la ley[3].

34. d) Teoría de René Demogue.—También hace énfasis en las críticas que la doctrina viene formulando contra la teoría clásica; pero considera que las soluciones propuestas en reemplazo de la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones tampoco sirven para esclarecer el problema, por lo cual regresa, en parte, a dicha teoría y a su nomenclatura.

Para Demogue, toda obligación encuentra necesariamente su origen en la ley; pero en su formación intervienen varias condiciones diversas: así, la obligación delictiva supone un derecho preexistente, la lesión de este, la voluntad

[1] Marcel Planiol, Revue Critique, 1904, Clasificación de las fuentes de las obligaciones: Traité élémentaire, t. II, núms. 805 y ss., págs. 280 y ss.

[2] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 8ème ed., Paris, Librairie Dalloz, 1935, núms. 6 y ss., págs. 6 y ss.

[3] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núms. 9 y ss.

del agente y una ley que concede la reparación, etc. De donde infiere que para ensayar una clasificación de las fuentes de las obligaciones es preciso elegir como criterio la condición más importante y más rica en consecuencias jurídicas, cual es la intervención de la voluntad privada. Fundándose en este criterio, DEMOGUE propone la siguiente clasificación, que, en su concepto, es la que mejor se acomoda al sistema positivo francés, inspirado en la teoría clásica.

"1º—El contrato que pone en juego la voluntad del deudor y del acreedor. Aquí, la ley, en medida amplia, no hará más que consagrar este acuerdo de sus voluntades que, siendo opuestas por hipótesis, debe constituir una transacción razonable, si los contratantes son capaces y consienten libremente. 2º—La voluntad unilateral del deudor, aunque esta fuente de obligaciones sea discutida. 3º—El delito y el cuasidelito que se pueden reunir bajo el calificativo de actos ilícitos y que suponen cierta voluntad y una cierta capacidad de parte de aquel que se obliga: debe estar sano de mente. 4º—El cuasicontrato. Aunque la expresión en sí misma sea criticable, hay que emplearla. Responde ella a una realidad que el desarrollo de las ideas individualistas ha oscurecido por largo tiempo. Aquí, el deudor no ha querido la obligación: el dueño del negocio, el que recibe el pago de lo no debido, no la han consentido. Solo se ha encontrado cómo explicar esta obligación por la ley o por la equidad traducida por la ley, lo que es igual. En realidad, la obligación nace aquí por voluntad del acreedor: es el agente oficioso quien ha querido inmiscuirse en el negocio ajeno. Dado el carácter especial de esta obligación, se comprende la dificultad que suscita. Es delicado decir en qué medida se puede llegar a ser acreedor, por propia voluntad, a pesar del deudor, o al menos sin su consentimiento. 5º—El simple hecho que engendra la obligación. Aquí, la ley no se preocupa ya de la voluntad. No existe ya problema de capacidad que examinar. Ciertos hechos engendran una obligación. Tal es el caso de la pensión alimenticia entre parientes y también el de ciertas situaciones que se califican de cuasicontratos: el pago de lo no debido, la in rem verso, que derivan de un hecho, sin preocuparse de que este sea voluntario o no"[4].

III. Crítica de las teorías expuestas

35. ENUNCIADO.—Como ya lo hemos insinuado, la breve revista que acabamos de pasar a las opiniones de algunos de los más autorizados expositores modernos del derecho civil, solamente se encamina a demostrar el desconcierto que reina en el campo de la doctrina en cuanto a la clasificación de las fuentes de las obligaciones, conclusión que se hace todavía más impresionante mediante un mayor acopio de la casi inagotable serie de soluciones que se han propuesto para este problema.

[4] RENÉ DEMOGUE, Traité des obligations, t. I, núm. 17.

Esta extraordinaria y curiosa diversidad de pareceres, indudablemente se origina en la posición empírica en que se han colocado los expositores, quienes han pretendido descifrar el nacimiento de las obligaciones, ateniéndose a los datos que ofrecen determinadas legislaciones positivas y dejando de lado la investigación lógico-jurídica a cuyo cargo está la explicación adecuada de la producción de todos los efectos jurídicos, entre los cuales se cuenta el nacimiento de las obligaciones.

También, debido a la falta de una perspectiva general que solo se puede obtener mediante la superación de los aspectos necesariamente particulares del derecho positivo, las diversas teorías de los civilistas no han podido determinar el sitio que realmente le corresponde a cada uno de los varios elementos que pueden intervenir en la producción de las obligaciones.

Así, es cierto, como lo observa JULIEN BONNECASE, que la doctrina tradicional hizo del acto jurídico, y especialmente del contrato, el soporte más importante de la vida social, reduciendo la función del derecho a la simple protección negativa de la autonomía de la voluntad privada. Pero, comenta él, esta concepción exageradamente individualista que dominó el pensamiento filosófico y jurídico del siglo XIX y encontró su confirmación en el espíritu del Código Civil francés, ha provocado vigorosa reacción, tanto entre los representantes del positivismo jurídico, quienes han querido aplastar la voluntad privada bajo la coerción de los hechos, como entre los defensores de las doctrinas espiritualistas, quienes han llegado a comprender que el acto jurídico no es, por sí solo, generador de efectos jurídicos, al contrario de lo que durante tanto tiempo se creyó; que la voluntad humana, en sí misma, es impotente en el dominio del derecho y no desempeña en él papel alguno, sino con fundamento y dentro de los límites de las instituciones jurídicas[5]. Esta concepción errónea se manifiesta claramente en ciertas teorías, como la de MARCEL PLANIOL, en las cuales se asigna tal importancia al acuerdo de las voluntades privadas, constitutivo del contrato, que no se atreven a colocarlo bajo la dependencia de la ley, lo que sí hacen con el delito, el cuasidelito, el enriquecimiento sin causa, etc., sino que, por el contrario, lo erigen en fuente autónoma e independiente de las obligaciones.

En el mismo orden de ideas, BONNECASE le anota a la doctrina tradicional otros dos graves defectos en la clasificación de las fuentes de las obligaciones. En primer lugar, ella ha estrechado demasiado la noción del acto jurídico, dejándose hipnotizar por el contrato que es apenas una de sus especies, y, en segundo lugar, siguiendo una concepción retrógrada, ha fraccionado excesivamente la noción del hecho jurídico, convirtiendo las que son simples categorías de este, como el delito, el cuasidelito, etc., en nociones autónomas que se bastan a sí mismas.

[5] BONNECASE, Précis de droit civil, t. II, núm. 441.

Con fundamento en las precitadas observaciones críticas, BONNECASE, acertadamente, ubica el problema de la declaración del nacimiento de las obligaciones en el campo filosófico general del funcionamiento de la ley mediante el acto jurídico y del hecho jurídico[6].

IV. La teoría lógico-jurídica

36. GENERALIDADES.—Las normas jurídicas se encaminan al ordenamiento de las varias situaciones de hecho que la vida social presenta. Luego la existencia real de tales situaciones constituye evidentemente presupuesto indispensable para que aquellas puedan aplicarse y producir los efectos que persiguen. Esto es lo que expresa GIORGIO DEL VECCHIO al decir que "la norma jurídica es un imperativo hipotético", para significar que el derecho, por su esencia, es imperativo, pero que solamente actúa cuando se dan las hipótesis previstas para su aplicación[7]. Por ejemplo: si una ley conmina el homicidio con pena de prisión, esta sanción debe ser impuesta porque así lo ordena una norma jurídica; pero es obvio que la imposición de la pena presupone que una persona haya cometido homicidio, colocándose así en la situación de hecho prevista. En el mismo orden de ideas, si otra ley impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por la culpa o el dolo, la obligación nace por el imperativo legal; pero para ello se requiere que un sujeto observe la conducta culposa o dolosa causante del daño por reparar.

De suerte que el funcionamiento de las normas jurídicas y la producción de sus efectos puede compararse, desde luego solo a manera de imagen, al desarrollo de un silogismo, cuya premisa mayor es una norma jurídica, cuya premisa menor es la situación de hecho gobernada por esta y cuya conclusión es un efecto jurídico que puede consistir en la adquisición de un derecho real, en el nacimiento de una obligación, en la imposición de una sanción, etc.

37. LA FORMACIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS.—Ahora bien, la investigación lógica permite, así mismo, dar un paso más en el análisis del funcionamiento de las normas jurídicas, al reducir el problema de la formación de las situaciones de hecho a la verificación del papel que en dicha formación desempeñan el acto humano y el hecho de la naturaleza.

Una situación jurídica, es decir, una situación de hecho capaz de poner en movimiento una norma jurídica, puede provenir de un fenómeno físico o material en cuyo acaecimiento no interviene la voluntad, como el nacimiento o la muerte de una persona, su advenimiento a cierta edad, la formación de terrenos

[6] Ibídem.

[7] GIORGIO DEL VECCHIO, Filosofía del derecho, 8ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, págs. 345 y ss.

aluviales o de islas, el derrumbamiento fortuito de un edificio, etc. Es verdad que el objeto propio de la valoración jurídica son las acciones humanas; sin embargo, el derecho toma en consideración las condiciones en que estas se realizan, de donde resulta que, en muchos casos, los acontecimientos físicos adquieren indirectamente resonancia jurídica. Así, del cambio del cauce de un río puede nacer un derecho de propiedad sobre el lecho desocupado en favor de uno de los riberanos y la pérdida del derecho del otro sobre la zona ocupada. Y una situación jurídica también puede provenir de un acto voluntario, lícito o ilícito, v. gr., de la celebración de un contrato, de la ocupación de cosa mueble sin dueño, de la comisión de un delito de homicidio o de hurto, de la construcción de un edificio, etc. Pero fuera de los hechos puramente físicos y de los actos voluntarios, no puede concebirse otro factor distinto en la formación de las situaciones que condicionan el funcionamiento de las normas jurídicas.

Lo que sí resulta posible y, además, se impone en el campo de la filosofía del derecho, es la subclasificación del acto voluntario, atendiendo a si la voluntad que en él interviene se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como ocurre en la celebración de un contrato de compraventa, en el cual las obligaciones que de él se derivan son pretendidas intencionadamente por las partes, o si por el contrario, el efecto jurídico se produce por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito de homicidio, el cual acarrea una sanción penal, pero sin que se pueda decir que la imposición de esta obedece al querer del homicida.

38. Los elementos de las situaciones jurídicas.—Los anteriores análisis y distinciones han dado lugar a varias clasificaciones y nomenclaturas de los factores que intervienen en la formación de las situaciones jurídicamente efectivas.

La más generalizada en el campo filosófico y, en nuestro sentir, la más clara y apropiada, denomina negocio jurídico el acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como el otorgamiento de un testamento o la celebración de un contrato; acto jurídico el acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos, pero independientemente del querer del agente, o, mejor aún, por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito, y hecho jurídico el simple hecho de la naturaleza física, como el desplazamiento del lecho de un río o la muerte de una persona[8].

[8] Cariota Ferrara, El negocio jurídico, traducido del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Edit. Aguilar, 1956, núm. 49, págs. 153 y 154: "Respecto a los negocios jurídicos, el orden jurídico permite producir o, si se quiere, producen los efectos correspondientes a la voluntad del declarante o de los declarantes; respecto a los otros hechos o actos, no".

39. Clasificación de los elementos según el Código Civil.—Sin embargo, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, es indispensable acoger la clasificación tradicional que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el acto jurídico, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos. En realidad, el Código Civil colombiano, lo mismo que el francés, emplea la expresión "acto" y no "negocio" exclusivamente en el sentido que esta clasificación bipartita le atribuye[9].

40. Situaciones jurídicas simples y complejas.—Por último, hay que tener en cuenta que muchas veces las situaciones jurídicas no se forman de un solo acto jurídico o de un solo hecho jurídico, sino de varios actos, o de varios hechos, o de combinaciones de unos y otros, esto es, que tales situaciones son complejas, como la que sirve de presupuesto a la adquisición por el heredero de una obligación testamentaria. En efecto, esta situación supone un acto jurídico, cual es el otorgamiento de un testamento por una persona, en el que establece la obligación a cargo de sus herederos, como la de pagar un legado; un hecho jurídico que es la muerte del testador, y otro acto jurídico que consiste en la aceptación de la asignación sucesoral por el heredero. Las situaciones jurídicas simples son las que se forman mediante uno solo de los elementos mencionados.

V. Bases para una clasificación filosófico-científica

41. Enumeración.—Esta teoría general sobre la producción de los efectos jurídicos permite proponer las siguientes bases para la clasificación de las fuentes de las obligaciones en cualquier sistema positivo:

1ª) Toda obligación encuentra su verdadero y supremo fundamento en una norma jurídica, y ningún hecho físico o humano, cualquiera que sea su naturaleza, puede ser considerado como fuente autónoma de aquella. Son, pues, erróneas todas aquellas teorías, como la clásica y la mayoría de las modernas, que suponen que ciertos hechos, v. gr., el contrato, el delito, el cuasidelito, el enriquecimiento sin causa, etc., constituyen en sí mismos, fuentes de las obligaciones al igual que la ley.

2ª) La ley, por sí sola, tampoco puede ser considerada como fuente incondicional y suficiente de obligaciones, porque toda norma jurídica es esen-

[9] Código Civil, libro IV, tít. II; Julien Bonnecase, Précis de droit civil, t. II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1939, núm. 450.

cialmente "hipotética" en el sentido de que su aplicación presupone necesariamente la existencia de una situación de hecho denominada situación jurídica y constituida por uno o más actos jurídicos, o por uno o más hechos jurídicos, o por combinaciones de unos y otros. También pecan, pues, por este aspecto, todas aquellas teorías que ven en la ley una fuente complementaria de obligaciones, al lado de los contratos, los delitos, los cuasidelitos, etc., dando a entender que, cuando no interviene ninguno de estos hechos, la obligación se forma por el solo ministerio de aquella. El artículo 1494 del Código Civil, que se inspira en la doctrina clásica, ofrece un ejemplo de este error. En efecto: expresar que "las obligaciones nacen por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia", equivale a olvidar que, aun en este caso, la ley supone la existencia de una situación de hecho proveniente de la filiación, situación que, desde el punto de vista filosófico-jurídico, en nada difiere de una situación contractual o delictiva.

3ª) La teoría sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones en determinado sistema positivo no necesita hacer mención especial de la ley, porque esta es factor constante y necesario en la producción de cualquier efecto jurídico. Dicha teoría debe concretarse a la clasificación de las varias situaciones jurídicas establecidas por el sistema en cuestión para el nacimiento de las obligaciones, pero considerando que tales situaciones constituyen siempre manifestaciones particulares del acto jurídico y del hecho jurídico.

VI. Clasificación de las fuentes de las obligaciones en el derecho civil colombiano, en función del acto y del hecho jurídicos

42. Enunciado.—Sentado lo anterior, resulta que las fuentes constantes de las obligaciones en nuestro derecho son: el acto jurídico, que se expresa mediante el contrato y el acto unipersonal o manifestación unilateral de voluntad; y el hecho jurídico, cuyas especies principales se ofrecen en las hipótesis del hecho ilícito y del enriquecimiento sin causa.

Veamos en qué consisten estas manifestaciones del acto jurídico y del hecho jurídico como fuentes de las obligaciones.

43. a) El contrato.—Es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es, pues, un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes.

El principio de la autonomía de la voluntad privada, que consiste en la atribución a los particulares del poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, encuentra en el contrato su más fecunda aplicación, porque en materia contractual la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva, vale decir, imperativaa, sino que más bien procura reconocer y

amparar las manifestaciones de la voluntad de los contratantes, e interpretarlas o suplirlas solo cuando sean oscuras o deficientes. Esta actitud de la ley frente al contrato se explica, precisamente, por la circunstancia de consistir este en un acuerdo entre las partes. Las obligaciones que nacen del contrato no encuentran su origen ni en la sola voluntad del acreedor ni en la sola voluntad del deudor, sino en el hecho de haber pactado ambos las restricciones jurídicas a su cargo y las facultades correlativas.

En una etapa de gran desarrollo socioeconómico como el que registra nuestra época, sin duda alguna el contrato ocupa el principado de los actos jurídicos. En las sociedades poco avanzadas, de economía familiar y cerrada, el derecho privado se ocupa preferentemente en la apropiación y conservación de la riqueza. Pero a medida que la vida social evoluciona, las relaciones y las transacciones comerciales se van multiplicando en progresión creciente. Los bienes o la gran mayoría de ellos ya se encuentran apropiados y, entonces, las necesidades económicas se satisfacen mediante el intercambio de tales bienes y, además, mediante la prestación de servicios entre los asociados. De esta suerte, los contratos y las obligaciones que constituyen el objeto específico de estos (dar, hacer o no hacer) cobran cada día mayor importancia hasta llegar a convertirse en el eje central del derecho privado. Comparativamente, los actos jurídicos unipersonales y las demás convenciones encaminadas a crear relaciones o situaciones distintas de las obligaciones propiamente dichas, o a modificar o extinguir relaciones preexistentes, ocupan ante aquellos lugar secundario.

Cabalmente, las precitadas consideraciones han influido de manera decisiva en la tendencia manifiesta de los legisladores de los siglos XIX y XX, a convertir el contrato en el soporte más importante de la vida social y a hipertrofiar la noción del contrato hasta estructurar la totalidad de la teoría general de los actos jurídicos mediante esta noción.

44. b) EL ACTO JURÍDICO UNIPERSONAL.—Como su nombre lo indica, es el acto jurídico realizado por una sola persona. Es quizá esta la fuente de las obligaciones más discutida. Varios expositores, fundándose en un principio general que nunca ha tenido validez absoluta en la tradición del derecho occidental, y que se enuncia diciendo que "nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad", han pretendido negarle toda eficacia a los actos jurídicos unipersonales. Se dice que estos, al generar derechos en favor u obligaciones a cargo de su único agente, necesariamente llegarían a imponerles obligaciones y derechos correlativos, respectivamente, a personas que no han prestado su voluntad para adquirirlos.

El precitado argumento apenas sí tiene un alcance relativo al igual que el principio en que se funda. Justifica la restricción legal de la eficacia de los actos unipersonales, pero es inepto para negársela totalmente. Además, esta actitud radical no se compadece, según ya quedó expuesto, con la tradición

del derecho occidental que registra innumerables casos en que esta especie de actos jurídicos ha logrado el reconocimiento de fuerza normativa análoga a la de las convenciones. En lo tocante a nuestra legislación, unos pocos ejemplos demostrarán este aserto. Las obligaciones inherentes a una asignación sucesoral, herencia o legado, se contraen por el asignatario en virtud de su aceptación; el agente oficioso, al inmiscuirse en negocio ajeno sin el consentimiento de su dueño, es decir, al ejecutar acto de su sola voluntad, contrae obligaciones tales como la de emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia (C. C., art. 2306), la de encargarse de todas las dependencias del negocio y continuar la gestión hasta que el dueño pueda asumirla por sí o por mandatario (C. C., art. 2307), la de rendir cuenta regular de la gestión (C. C., art. 2312); el oferente, al formular la propuesta, en principio se obliga irrevocablemente durante el término de la oferta (C. de Co., arts. 845 y ss.), etc. Es, por tanto, indiscutible que la sola manifestación de voluntad de la persona que se obliga (acto unipersonal) es, en ocasiones, fuente de derechos en favor de terceros, aunque estos no los hayan consentido todavía. Otra cosa es que la ley, por razones obvias, sí les niegue eficacia a los actos unipersonales que pretenden crear obligaciones a cargo de terceros y en favor del agente único. Respecto de estos sí rige, salvos rarísimas excepciones, el principio general consagrado en el artículo 1502 de nuestro Código Civil, conforme al cual "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: ... 2º) que consienta en dicho acto o declaración...".

En efecto, no pensaron en esto último los autores de la teoría clásica al construir esa falsa noción del cuasicontrato. El error de esta noción consiste en haber querido explicar con ella, no solo las obligaciones del agente, sino también las de otras personas extrañas al acto unipersonal de aquel, cuando en realidad estas últimas obligaciones emanan de fuentes diversas, v. gr., del enriquecimiento sin causa. Tal sucede, por ejemplo, en la agencia oficiosa, con la obligación del dueño del negocio de reembolsar las expensas útiles del gestor. Por último, el compromiso unilateral constituye en ciertos casos fuente simple de las obligaciones; en otros, como en el de la aceptación de una herencia o legado testamentarios, constituye elemento de una situación jurídica compleja, en la cual intervienen también otros actos u otros hechos jurídicos, como el testamento y la muerte del causante.

45. c) El hecho ilícito.—Esta figura comprende dos manifestaciones concretas, a saber: a) el delito, que consiste en la lesión de una norma jurídica, cometida con la intención de dañar, vale decir, con dolo, como ocurre en el asesinato y en la estafa; y b) el cuasidelito o culpa que también es un hecho ilícito, pero cometido por simple descuido o negligencia, como el abandono de una edificación antigua que, al derrumbarse, daña la propiedad ajena. Para algunos, el abuso del derecho es también una manifestación particular del he-

cho ilícito, pero completamente distinta del delito y de la culpa. Así, quienes piensan que se abusa de un derecho cuando este se ejerce sin beneficio para su titular y con perjuicio ajeno, y quienes creen que tal abuso consiste en el ejercicio del derecho con una finalidad distinta de la que ha determinado su reconocimiento por el legislador, lógicamente tienen que llegar a la conclusión de que se trata, entonces, de una manifestación específica del hecho ilícito distinta e independiente de las nociones del delito y la culpa. Por el contrario, quienes estiman, como nosotros, que el abuso del derecho solamente consiste en el ejercicio de él sin la prudencia y cuidado propios de una persona diligente y cuidadosa, naturalmente concluyen que el abuso del derecho constituye un delito cuando hay intención de dañar, y un cuasidelito o culpa cuando el uso indebido del derecho obedece a negligencia o descuido.

En todo caso, es de notar que ninguna de las dos, o, si se quiere, de las tres manifestaciones del hecho ilícito anteriormente relacionadas, constituye por sí sola fuente de obligaciones, porque todas ellas suponen además la existencia de un daño o perjuicio del derecho ajeno, como también un vínculo o nexo de causalidad entre este daño o perjuicio y el respectivo hecho ilícito.

46. d) El enriquecimiento sin causa.—Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro que tal situación está condenada por el derecho y la equidad (nemo cum alterio detrimento locupletiorem fieri potest); pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin causa con el delito o el cuasidelito[10]. Basta tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de la que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla el dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesoria, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos[11]. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.

Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido no proviene de acto ejecutado por este con la intención reflexiva y directa de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga

[10] En contra, Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 812, págs. 263 y ss.

[11] Código Civil, arts. 727 y ss.

de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.

47. e) Referencia a la noción clásica del cuasicontrato.—Como se ve, pues, el enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal, que son dos fuentes distintas de las obligaciones, constituyeron, en conjunto, el contenido de la noción clásica del cuasicontrato, cuyo defecto capital consiste precisamente, como quedó dicho, en haber amalgamado en una sola estas dos figuras distintas y dotadas independientemente de eficacia jurídica.

PARTE TERCERA

EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

(Efectos generales)

CAPÍTULO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

48. PRECISIONES.—El Código Civil, en el título XII del libro IV, bajo el epígrafe: "De los efectos de las obligaciones", consagra entremezclados algunos de los principios y reglas que gobiernan los contratos, aplicables, en su mayor parte, a las convenciones en general y a ciertos actos jurídicos unipersonales, y comprende también otros principios y reglas que sí son pertinentes exclusivamente a las obligaciones, o sea, que determinan el régimen legal de estas, independientemente de las fuentes de que nace. Agrégase a lo dicho que, fuera del mencionado título, el Código también ofrece esparcidas sin método otras normas generales y especiales relativas a ambas materias mencionadas. Este defecto de técnica legislativa, traído de sus modelos, impone la distinción doctrinaria entre los efectos de los actos jurídicos (convenciones, contratos y actos unipersonales), por una parte, y los efectos propiamente dichos de las obligaciones, por la otra.

Visto está que el acto jurídico, en general, es la manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos, esto es, a la creación, modificación o extinción de relaciones de esta índole. Dicha noción genérica comprende los actos unipersonales que son los que se atribuyen a un solo agente jurídico, bien sea que se formen con la manifestación de una sola voluntad (acto unipersonal simple), como el testamento, bien sea que resulten de varias voluntades concurrentes cuyo conjunto se atribuye a un solo agente o sujeto de derecho (acto unipersonal complejo o colectivo), como los acuerdos adoptados por un órgano colegiado de una persona jurídica, los que se miran como actos cumplidos por esta; y también comprende las convenciones que suponen dos o más partes o agentes jurídicos independientes cuyas voluntades concurren a la celebración de aquellas, como sucede en todos los contratos, en la prórroga o en el pago de una obligación, etc. En fin, hay también que distinguir las nociones de convención y contrato. La primera es el género, por cuanto su objeto puede consistir en la creación de relaciones jurídicas (obligaciones, derechos reales, etc.), o en la modificación (v. gr.: prórroga de una obligación), o en la extinción (v. gr.: el pago) de relaciones preexistentes. El contrato es una especie de convención cuyo objeto propio y principal es la creación de obligaciones, es decir, de esos vínculos entre personas determinadas, en virtud de los cuales el deudor queda colocado en la necesidad de realizar una prestación en favor del acreedor. Así se puede decir que "todo contrato es una convención, pero no que toda convención es un contrato".

49. Los efectos de los actos jurídicos.—Entiéndese por tales efectos el régimen legal que le es pertinente a estos actos, conforme a los principios y reglas que los gobiernan en general y según las especies o clases en que se dividen. Así, los principales efectos de los actos jurídicos son los determinados por los postulados de la autonomía de la voluntad privada; de la normatividad de las convenciones y de los actos unipersonales; de la buena fe y de la diligencia en el cumplimientos de aquellos; de la representación legal o convencional de los agentes; de la relatividad del vigor normativo de los actos frente a terceros, etcétera.

50. Los efectos de las obligaciones.—De otro lado, como los vínculos obligatorios o de dependencia entre personas determinadas, cuya noción ya hemos definido y explicado, no solamente nacen de los actos jurídicos, sino también de otras fuentes diversas, tales como el hecho ilícito y el enriquecimiento sin causa, fácilmente se colige que los efectos de las obligaciones son diferentes de los de aquellos actos. En general puede decirse que esos efectos de las obligaciones configuran, en su conjunto, el régimen legal establecido para asegurar la satisfacción de los derechos crediticios correlativos a ellas. Así, la ejecución coactiva de las obligaciones y la indemnización de perjuicios por su incumplimiento (derechos principales del acreedor) y las medidas conservativas y reconstitutivas del patrimonio del deudor (derechos auxiliares del acreedor), constituyen los efectos generales de aquellas, a los que se agregan ciertos efectos especiales determinados por la naturaleza de algunas obligaciones, según las especies o clases a que pertenecen.

SECCIÓN PRIMERA

EJECUCIÓN COACTIVA, CESIÓN DE BIENES Y CONCURSO DE ACREEDORES

CAPÍTULO I

LA EJECUCIÓN COACTIVA

I. Concepto, eficacia y objeto de la ejecución

51. CONCEPTO.—Si el deudor no cumple su obligación en la forma y tiempo debidos, el acreedor puede impetrar el auxilio del Estado para que, mediante el empleo de la fuerza pública, se satisfaga su derecho coaccionando al deudor renuente. Es decir, que el derecho del acreedor se hace valer mediante la ejecución coactiva o forzada de la obligación del deudor, la que el acreedor obtiene ejerciendo una acción judicial genéricamente denominada acción ejecutiva en razón del fin que persigue.

52. EFICACIA DE LA EJECUCIÓN COACTIVA.—El ideal jurídico en punto del cumplimiento de las obligaciones, sería el de que el acreedor siempre pudiera obtener estricta y cabal satisfacción de su derecho, bien fuera porque el deudor se allanara voluntariamente a ejecutar la prestación debida, bien porque, en caso contrario, el acreedor o el Estado tuviera poder real suficiente para llegar al propio resultado, venciendo la renuente voluntad de aquel: que si la obligación fuera de dar, el acreedor adquiera de todas maneras el derecho real correspondiente; que si la obligación fuera de hacer, el deudor ejecutara a cabalidad el hecho debido y que si la obligación fuera de no hacer, el acto violatorio pudiera ser evitado o sus efectos totalmente destruidos. Sin embargo, en la realidad práctica esto no siempre es posible: a la tradición o a la simple entrega de la cosa debida se opone, por ejemplo, la pérdida de la cosa; ningún poder físico sería capaz de suplir la capacidad artística que el pintor se niega a prestar; la gran mayoría de los hechos cumplidos dejan efectos y huellas indelebles, etc.

Lo dicho demuestra que la eficacia de la ejecución coactiva o forzada de las obligaciones, queda limitada a aquellos casos en que la fuerza física es de suyo apta para conducir a la realización en naturaleza de la prestación debida.

Cuando no, el acreedor tendrá que contentarse, como adelante lo veremos, con la indemnización de perjuicios que es una satisfacción por equivalencia del derecho vulnerado.

Además, la eficacia de la ejecución coactiva de las obligaciones sufre todavía mayor restricción, en virtud de consideraciones de orden ético-jurídico que prohíben el empleo de la fuerza física sobre la persona humana, reduciendo así el campo de aquella al patrimonio, esto es, a los valores económicos propios del deudor. Surge de aquí el llamado: "concepto abstracto de la obligación", que niega la dependencia personal directa del obligado al acreedor; que desplaza la coerción del vínculo obligatorio de las personas hacia los bienes que estas poseen, concepto que, como ya quedó dicho, comienza a perfilarse claramente en el derecho romano después que el sistema primitivo de la esclavitud del deudor insolvente fue sustituido por el de la prisión por deudas (Lex Poetelia Papiria, año 457), y más tarde por el de la ejecución sobre el patrimonio (venditio bonorum) (Edicto Rutiliano del año 636).

Esta "despersonalización" del vínculo obligatorio se ha acentuado todavía más con el desuso de la prisión por deudas y, en general, de toda forma de coacción personal al deudor, acremente censurada por el pensamiento racionalista e individualista de los últimos siglos y rechazada por la gran mayoría de las legislaciones contemporáneas.

En Colombia, la prisión por deudas está proscrita por la propia Constitución Política (art. 28), lo que no obsta para que sí se aplique en materias penales y correccionales o policivas. Por ejemplo, las multas, que son obligaciones patrimoniales de índole penal, pueden ser convertidas en arresto del deudor. Pero, fuera de estos casos excepcionales en los cuales la obligación patrimonial abandona el marco del derecho privado para someterse a los principios que gobiernan la actividad punitiva del Estado, la prohibición constitucional recibe cabal aplicación. Obviamente que con el ítem más de la inasistencia alimentaria que entre nosotros y desde la sentencia de exequibilidad de la sala plena de nuestra Corte Suprema de Justicia del 3 de abril de 1973, tiene pena privativa de la libertad, por no tratarse de una pura deuda civil, ya que trasciende el ámbito puramente patrimonial, para alterar el orden público en cuanto que ataca la base estructural de la sociedad.

En síntesis: la ejecución coactiva de las obligaciones civiles y mercantiles solamente tiene cabida en cuanto el empleo de la fuerza física sobre los bienes del deudor constituya medio adecuado para conducir al cumplimiento de aquellas. Por el contrario, dicha ejecución queda excluida cuando el empleo de la fuerza sea de suyo inútil, o cuando tenga que ejercerse sobre la persona misma del deudor.

53. Objeto de la ejecución.—Limitado así el campo de acción de la ejecución coactiva, resulta que su objeto propio es el patrimonio del deudor y

no la persona de este, conclusión que se suele enunciar diciendo que "el patrimonio del deudor es la prenda de sus acreedores" y que "el deudor insolvente es jurídicamente irresponsable". Inspirado en estas ideas, el artículo 2488 del Código Civil precisa y determina el objeto de la ejecución coactiva, al expresar lo siguiente: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...".

II. Los bienes inembargables

54. Criterios y enumeración.—Como lo enuncia el artículo 2488 transcrito, no todos los bienes del deudor están sometidos a la acción ejecutiva, sino que hay algunos que excepcionalmente escapan a ella y que son los llamados "bienes inembargables", cuya lista resulta bastante extensa en nuestra legislación.

Varios son los criterios de que la ley se sirve para establecer la inembargabilidad de ciertos bienes del deudor:

a) En veces se trata de consideraciones de orden éticosocial que pretenden evitar que una persona y su familia puedan ser privadas de los elementos necesarios para su subsistencia. Así son inembargables el salario mínimo legal o convencional; las cuatro quintas partes del excedente del salario mínimo mensual; las prestaciones sociales, cualquiera que sea su cuantía; los utensilios de cocina y los muebles de alcoba; las ropas indispensables de la familia; los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual del deudor, y los artículos de alimento y el combustible necesarios para el deudor y su familia durante un mes.

b) En otros casos se quiere garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos, declarando inembargables: los bienes de uso público; las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la nación; los destinados a los servicios públicos prestados por los departamentos, municipios y establecimientos públicos, o por concesionarios de estos; las dos terceras partes de los ingresos de dichos servicios y de las rentas de los departamentos, municipios y los anticipos para la construcción de obras públicas, mientras no se concluya su construcción, excepto cuando se trate de créditos de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales.

c) También se tiene en cuenta el valor religioso o de afección vinculado a ciertos bienes, como los destinados al culto religioso, o a cementerios o enterramientos, los uniformes y equipos de los militares, las condecoraciones y pergaminos recibidos por hechos meritorios.

d) La protección de los derechos de los terceros, como los fideicomisarios de los bienes que el deudor posee fiduciariamente.

e) Los derechos personalísimos, como el de uso y habitación, son intransferibles y, por ende, inembargables, ya que el embargo es medida conducente a la enajenación de los bienes sobre que recae.

Estos criterios y otros semejantes son los que inspiran el artículo 1677 del Código Civil: los artículos 513 y 684 del Código de Procedimiento Civil, y 154, 155 y 344 del Código Sustantivo del Trabajo y otras leyes especiales que consagran casos de inembargabilidad de bienes.

III. Formas y casos de la ejecución

55. Precisión.—Ante todo importa tener en cuenta que, desde el punto de vista procesal, para que haya lugar a la ejecución coactiva es indispensable que el acreedor esté provisto de alguno de los títulos ejecutivos relacionados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, tales como documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él de una obligación expresa, clara y exigible, o que emane de una sentencia de condena proferida por órgano jurisdiccional, etc., pues, a falta de un título de tal naturaleza, el acreedor tiene que ocurrir previamente a un proceso ordinario contra el deudor, para que se declare la obligación a cargo de este. Con esta advertencia, veamos cómo opera la ejecución coactiva, según la obligación de que se trate.

56. a) Obligación de dinero.—Cuando el deudor incumple obligación de dar o de entregar al acreedor una suma de dinero, la ejecución coactiva no presenta dificultad alguna: basta que, mediante el empleo de la fuerza pública, se aprehendan bienes del deudor, en dinero o en especie y en cantidad suficiente, que se vendan estos últimos, en su caso, para convertirlos en dinero, y que con este se pague al acreedor (C. C., art. 2492 y C. de P. C., arts. 491 y 498).

57. b) Obligaciones de dar o entregar cuerpo cierto mueble.—El procedimiento ejecutivo es también bastante sencillo para esta especie de obligaciones: la tradición o la entrega se realiza manu militari, tomando del deudor la cosa debida y entregándosela al acreedor (C. de P. C., arts. 493 y 499).

58. c) Obligación de dar o entregar cuerpo cierto inmueble.—La ejecución forzada de las obligaciones de dar carece por completo de interés en Colombia cuando estas recaen sobre bienes inmuebles, pues la tradición, modo de cumplir tales obligaciones, se verifica en este caso simbólicamente, inscribiendo el respectivo contrato en la competente oficina de registro de instrumentos (C. C., art. 756) y el acreedor está autorizado por sí solo, sin el concurso del deudor, para obtener dicha inscripción. Pero como esta inscripción no le da al adquirente la posesión material del inmueble mientras el deudor lo retenga, también es necesario proceder manu militari para que dicho deudor entregue la cosa (C. C., art. 1882 y C. de P. C., art. 417).

Si la obligación es simplemente de entregar cuerpo cierto inmueble, la ejecución forzada reviste la misma forma que tiene cuando se trata de obligaciones de entregar cuerpo cierto mueble, mediante la aprehensión y entrega de este al acreedor (C. de P. C., arts. 493 y 499).

59. d) Obligación de dar o entregar cosas de género.—La ejecución directa de estas solo va hasta ordenarle al deudor la presentación de las especies en la cantidad y en la calidad debidas (C. de P. C., art. 499) y, si esto no se obtiene, el acreedor tiene que conformarse con el pago de los perjuicios que se la hayan ocasionado, procediéndose entonces como en el caso de ejecución coactiva de obligaciones de dinero.

60. e) Obligación de realizar hecho material.—El empleo de la fuerza física para obtener del deudor la ejecución de los hechos debidos produciría, por regla general, un resultado defectuoso. Tal ocurriría, por ejemplo, en el caso del pintor obligado a hacer un cuadro: el empleo de la fuerza, que consistiría en llevar al deudor ante el lienzo y en coaccionarlo físicamente para que pintara el cuadro, apenas sí conduciría a emborronar el lienzo con los colores. Agrégase a lo dicho que el derecho civil excluye el empleo de medidas violentas sobre la persona del deudor para obligarlo a cumplir (nemo praecise cogi potest ad factum). Por estas razones, la ejecución entendida en sentido estricto, es decir, la que conduzca a forzar al deudor a ejecutar los hechos debidos, propiamente no tiene cabida, sino que es necesario desviar dicha ejecución a fin de obtener la satisfacción del acreedor. Tal es lo que busca nuestro derecho, mediante los apremios y la autorización para que el hecho se ejecute por persona distinta del deudor. Si esto último es factible, el acreedor puede solicitar al juez la autorización para que así se proceda, a expensas del deudor (C. C., art. 1610, ord. 2º y C. de P. C., art. 500). Pero, como se observa, en este caso ya se trata de un procedimiento de ejecución indirecta, más encaminado a obtener que el deudor pague el valor de la prestación que a la realización directa de ella. De otro lado, esta forma de ejecución no es posible cuando el hecho debido depende de las aptitudes y condiciones del deudor, como cuando se trata de la confección de cuadro por pintor célebre, pues entonces el único procedimiento coactivo que se puede usar y que no siempre es eficaz, es el de los apremios o imposición de multas sucesivas por la desobediencia del deudor (C. C., art. 1610, ord. 1º).

61. f) Obligación de realizar acto jurídico.—Nuestro ordenamiento procesal acoge a este respecto el sistema que consiste en conferirle al juez, en caso de renuencia del deudor después de notificarlo del mandamiento para que cumpla, la representación legal de dicho deudor para el otorgamiento de la escritura o documento respectivo (C. de P. C., art. 501).

62. g) Obligación de no hacer.—Su cumplimiento tampoco se puede obtener mediante la violencia sobre la persona del deudor. De ahí que, por regla general, esta especie de obligaciones se resuelva en la de indemnizar los perjuicios causados por su infracción. Así, por ejemplo, si una bailarina se obliga a no representar fuera de cierto teatro y deja de cumplir, no es posible suspender las representaciones indebidas manu militari, pero sí se puede exigir de aquella la indemnización de los perjuicios ocasionados al acreedor.

Sin embargo, como en ocasiones es posible destruir los efectos de los hechos violatorios de obligación de no hacer, v. gr., demoler la pared que se había prohibido levantar, la ejecución coactiva se realiza a posteriori en esta forma (C. C., art. 1612 y C. de P. C., arts. 494 y 502).

63. h) Obligaciones condicionales y a plazo indeterminado.—Como la obligación condicional pende de un hecho futuro e incierto que puede suspender el nacimiento y la exigibilidad de aquella, es claro que el cumplimiento del hecho condicionante no puede constar en el título constitutivo de la obligación, lo que llevó a los redactores del Código Judicial derogado a omitir la ejecución coactiva de esta especie de obligaciones, condenando al acreedor a recurrir al dispendioso proceso ordinario para obtener la previa declaración de la exigibilidad de dichas obligaciones. Con mejor criterio, el actual Código de Procedimiento Civil permite complementar el mencionado título constitutivo con la prueba del cumplimiento de la condición (art. 490), abriéndole así al acreedor las puertas del proceso ejecutivo.

Omitió sí este estatuto consagrar el mismo régimen para las obligaciones a plazo indeterminado, vale decir, para aquellas que están sujetas a un hecho futuro y cierto, pero que no se sabe cuándo habrá de ocurrir, como la muerte de una persona. Pese a esta omisión, consideramos que dicho régimen es pertinente a esta clase de obligaciones, o sea que, para que proceda la vía ejecutiva, basta allegar prueba plena de la ocurrencia del hecho constitutivo del plazo. Así, en el ejemplo propuesto, el acta de defunción de la persona de que se trata.

Capítulo II

LA CESIÓN DE BIENES

64. Concepto y generalidades.—"La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas" (C. C., art. 1672).

Esta institución está íntimamente vinculada con la de la prisión por deudas y, en general, también con los procedimientos ejecutivos sobre la persona del deudor. Su establecimiento en el derecho latino se remonta hasta los comienzos del Imperio Romano, cuando se estableció a manera de beneficio para los deudores que, sin culpa suya, cayeran en estado de insolvencia. Abandonando sus bienes al acreedor o acreedores (cessio bonorum), para que estos se pagaran con el producido de la venta de los bienes (venditio bonorum), el deudor obtenía ventajas inapreciables en un sistema jurídico como el romano: sustraía su persona a la acción ejecutiva de sus acreedores, se libraba de la declaración de infamia, y, también, evitaba condenaciones ulteriores, en razón de sus antiguas deudas, en más de lo que le fuera posible pagar de ellas (in plus quod facere potest)[1].

Como el derecho moderno repugna la ejecución coactiva de las obligaciones sobre la persona del deudor, la cesión de bienes creada precisamente para reducir la persecución del acreedor al patrimonio de aquel, ha perdido la importancia que antes tuvo y es una institución llamada a desaparecer de las legislaciones contemporáneas, v. gr., de la colombiana, que todavía la consagra a manera de rezago histórico.

Nuestro Código Civil aún dedica varios de sus artículos a esta institución en desuso, lo que nos lleva a reseñarla brevemente, a pesar de la exigua importancia que hoy reviste.

65. Requisitos para la cesión de bienes.—Al definir la cesión de bienes, el artículo 1672 del Código Civil expresa que esta tiene lugar cuando el deudor, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. Es decir que, conforme a este texto legal, solamente puede hacer cesión de bienes el deudor inculpable; no así aquel que dolosa o culposamente se ha colocado en situación que no le permita atender al cumplimiento de sus

[1] P. F. Girard, ob. cit., pág. 1110.

obligaciones. Corresponde al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores así lo exija. Y si el deudor no puede aducir dicha prueba, o si un acreedor demuestra cualquiera de las circunstancias relacionadas en los artículos 1675 y 1676, por ejemplo, que el deudor ha dilapidado sus bienes en el juego o que ha empleado medios fraudulentos para perjudicar a sus acreedores, la cesión de bienes no tiene cabida.

66. Efectos de la cesión de bienes. 1º) La cesión de bienes no implica dación en pago, en cuya virtud el acreedor o acreedores adquieran la propiedad de los bienes cedidos, sino que solo concede a aquellos la facultad para disponer de dichos bienes o de sus frutos hasta concurrencia del valor de sus créditos, mediante los trámites del proceso concursal de liquidación obligatoria, previstos en la nueva ley 222 de 1995[2].

2º) Por la cesión de bienes el deudor queda privado de la administración de ellos la que pasa al liquidador nombrado por la Superintendencia de Sociedades, si se trata en general de una sociedad, o por el juez.

3º) Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos, y como la cesión es obligatoria para los acreedores siempre que se cumpla el requisito de que el mal estado en los negocios del deudor no provenga de culpa de este, resulta que dicha cesión de bienes hace excepción al artículo 1649 del Código Civil, que prohíbe obligar al acreedor a recibir por partes la prestación debida (C. C., art. 1678, ord. 1º).

4º) Si los bienes cedidos no bastaren para la completa solución de las deudas y el deudor adquiere otros después, es obligado a completar el pago con estos. Es decir, que el deudor no se libera de sus obligaciones por la cesión de bienes, sino por el pago total de aquellas (C. C., art. 1678, ord. 2º).

5º) Como la cesión de los bienes implica el reconocimiento de sus obligaciones por parte del deudor, la prescripción de estas se interrumpe (art. 2539), es decir, que comienza a correr de nuevo, sin que se tenga en cuenta para sus efectos el tiempo transcurrido con anterioridad a la cesión. Pero el ordinal 2º del artículo 1678 no significa en manera alguna que el deudor que ha hecho la cesión de bienes continúe obligado in aeternum al pago del saldo insoluto de sus obligaciones, las que prescriben conforme a las reglas generales, pero contando el término respectivo a partir de la cesión de bienes[3].

6º) El deudor de buena fe que ha hecho cesión de sus bienes y es perseguido en los que después adquiera para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, goza del beneficio de competencia respecto de los acreedores

[2] El título del libro III del Código de Procedimiento Civil, que contemplaba para la cesión de bienes el proceso de concurso de acreedores, fue expresamente derogado por la ley 222 de 1995, dentro de su filosofía de unificación a la cual nos referiremos en breve.

[3] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 605, pág. 366.

en cuyo favor hizo dicha cesión, esto es, que tiene derecho a que estos le dejen lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejore su fortuna (ley 95 de 1890, art. 14). Los principales efectos de la cesión de bienes, que son los anteriormente relacionados, verifican la afirmación que hemos hecho de que esta es una institución sin importancia práctica y llamada a desaparecer. Suprimida la prisión por sus deudas, el único provecho que reporta el deudor cedente es el reconocimiento del beneficio de competencia en relación con los bienes que adquiera con posterioridad a aquella.

Algunas legislaciones modernas han intentado dotar de utilidad práctica a esta institución histórica, acortando el término de la prescripción de las obligaciones anteriores a la cesión de bienes. Así, por ejemplo, la ley chilena sobre quiebras establece para dichas obligaciones prescripción especial de cinco años contados a partir de la cesión, con objeto de estimular al deudor para que siga trabajando sin el temor de que sus esfuerzos solamente beneficien a sus acreedores[4].

[4] ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 605, pág. 366.

Capítulo III

EL CONCURSO DE ACREEDORES

I. Generalidades

67. Concepto.—Dicho está que, a términos del artículo 2488, "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...". Tiénese, por tanto, que el referido derecho de persecución compete a todos los acreedores y no a uno solo de ellos: "El patrimonio del deudor es prenda común de todos sus acreedores", de donde puede ocurrir que, incumpliendo aquel obligaciones en favor de distintos acreedores, se vean estos en la necesidad de ejercer concurrentemente sus respectivas acciones ejecutivas sobre el patrimonio que constituye su común garantía. Injusto sería, entonces, que quien primero lo hiciese quedara en una situación privilegiada frente a los otros acreedores, de modo tal que la prioridad temporal de aquel le permitiese satisfacer toda su acreencia, en detrimento de los otros acreedores, cuyo derecho de persecución quedaría así reducido al remanente de los bienes del deudor, en el supuesto de que quedase tal remanente después de la primera o primeras ejecuciones que se fueran instaurando.

A evitar esta situación anómala provee el artículo 2492: "Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue". Guárdase así, en principio, la igualdad jurídica de todos los acreedores sin perjuicio del privilegio que la ley confiere a algunos de ellos para ser satisfechos preferentemente, según se verá adelante.

68. Concurso y quiebra.—Planteada así la hipótesis de la concurrencia de dos o más acreedores en el ejercicio de sus acciones ejecutivas para obtener la satisfacción de sus respectivas acreencias, hasta que entró en vigencia la ley 222 de 1995, se requerían precisiones de índole sustancial, según fuera que el deudor fuera una persona civil o un comerciante. Sin embargo, parafraseando al doctor Reyes Villamizar, "la ley 222 de 1995, en efecto, unifica procesal-

mente los trámites de concordato preventivo, quiebra, concurso de acreedores y cesión de bienes, establece como sujeto procesal para la apertura de dichos trámites al deudor, independientemente de su carácter individual o social o de su naturaleza o actividad, unifica, igualmente los presupuestos objetivos de la crisis bajo el genérico concepto de imposibilidad para el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales"[1].

De manera que ha quedado derogado nuestro ordenamiento positivo, en cuanto que distinguía, según se tratare de un deudor comerciante o de otro no sujeto al estatuto especial de este. Respecto del comerciante, la actitud era más rigurosa, porque se suponía quien ejercía profesionalmente actos de comercio, asumiría por aquello un deber frente a la sociedad mucho más gravoso que quien, para satisfacer sus necesidades, contraía una o más obligaciones civiles. El comerciante, se decía, usa de la autonomía contractual con ánimo de lucro, erigiéndose el intermediario en el cambio de bienes y servicios que tienen que prestarse sus coasociados. Incuestionable sería, pues, que a él se le exigiera no solamente la diligencia que debe prestar el deudor común, sino una mayor: la que debe observar quien a sabiendas de que la seguridad del comercio es piedra angular del normal desarrollo de la sociedad, voluntariamente y con ánimo de lucro se dedica profesionalmente a dicha actividad. De aquí que tradicionalmente se consideró bastante para abrirle quiebra al comerciante el solo hecho de que este hubiera sobreseído en el pago puntual de sus obligaciones comerciales, al paso que para el deudor no comerciante se requería que este se encontrara en estado de insolvencia, es decir, que se estableciera no solamente el incumplimiento de dos o más de sus obligaciones, sino que los bienes perseguidos por sus acreedores eran insuficientes para el pago de dichas obligaciones (C. de P. C., art. 569). Actualmente basta para abrirle trámite concursal al deudor, según el artículo 91 de la ley 222, que este se encuentre en imposibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales.

II. Los concordatos

69. Concepto.—El deudor que no ha cumplido una o más de sus obligaciones puede, antes de hallarse sometido a un trámite concursal (concordato o liquidación obligatoria), hacer arreglos con su acreedor o acreedores para el pago de dichas obligaciones: la concesión de plazos, rebajas de capital o intereses, la dación en pago de determinados bienes, etc.

Estos acuerdos entre el deudor y uno o más de sus acreedores genéricamente se denominan convenios y, en principio, no requieren comentario especial, porque está dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad el arreglar los

[1] Reforma al régimen de sociedades y concursos, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio, 1996, pág. 411.

particulares sus relaciones, modificándolas o extinguiéndolas como a bien lo tengan.

Sin embargo, los convenios entre el deudor y sus acreedores, cuando estos son varios, sí pueden revestir características especiales. Así, para prevenir la liquidación obligatoria de dicho deudor, o para buscar mejores resultados en este proceso, una vez instaurado, el deudor y sus acreedores pueden celebrar convenios que se denominan específicamente concordatos y que se caracterizan por no requerir el consentimiento de todos los acreedores sino el de cierta mayoría de estos, con el efecto de vincular a los acreedores minoritarios que no han participado de tales acuerdos.

70. Naturaleza.—De lo últimamente expuesto se infiere que el concordato es uno de aquellos actos jurídicos que se denominan convenciones colectivas y que se caracterizan por introducir excepción al postulado de la relatividad de los actos jurídicos. Según este postulado, un acto contrato no aprovecha ni perjudica a quienes no han participado en él (res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest). Sin embargo, las convenciones y contratos llamados colectivos, como los celebrados entre un gremio empresarial y los trabajadores vinculados a él, pueden producir efecto general respecto de uno y otros, aun respecto de los individuos que no han consentido en el acto directamente ni por procuración. Así mismo, se repite, el concordato celebrado entre el deudor y la mayoría de sus acreedores vincula a la minoría de estos últimos.

71. Procedencia de los concordatos.—El Código Civil se refiere a los concordatos en sus artículos 1680 y 1681, así: "Art. 1680. Hecha la cesión de bienes, podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes". "Art. 1681. El acuerdo de la mayoría obtenido en la forma prescrita por las leyes de procedimiento, será obligatorio para todos los acreedores que hayan sido citados en forma debida. Pero los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría si se hubieren abstenido de votar". Y el artículo 1683 remite: "Lo dispuesto acerca de la cesión en los artículos 1677 y siguientes, se aplica al embargo de los bienes por acción ejecutiva de acreedor o acreedores".

Se echa de ver, pues, que el Código Civil admitía la procedencia del concordato dentro de los procesos de concurso de acreedores, provocados espontáneamente por el deudor que hiciera cesión de bienes, o forzadamente por acción ejecutiva de los acreedores.

Además, el Código de Comercio también contemplaba y reglamentaba la figura concordataria dentro del proceso de quiebra de los comerciantes (lib. VI, tít. II, cap. VI), e introdujo innovación importante al establecer el concordato preventivo, encaminado, como su nombre lo indica, a evitar el proceso de quiebra (lib. cit., tít. I).

El Código de Procedimiento Civil, que unificó el procedimiento del concurso civil de acreedores y de la quiebra de los comerciantes, también hizo extensivo al primero el concordato preventivo (art. 570).

El decreto 350 de 1989 modernizó el trámite del concordato preventivo, en sus modalidades de potestativo y obligatorio.

En fin, como nos lo enseña el doctor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, "la ley 222 de 1995 ... unifica procesalmente los trámites de concordato preventivo, quiebra, concurso de acreedores y cesión de bienes, establece como sujeto procesal para la apertura de dichos trámites al deudor, independientemente de su carácter individual o social o de su naturaleza o actividad"[2].

72. CLASIFICACIÓN DE LOS CONCORDATOS.—Según la actual y atinada reglamentación de los procesos concursales, no es dable distinguir entre los concordatos preventivos, espontáneos, judiciales, potestativos y obligatorios[3]. Simple, lisa y llanamente hay que distinguir entre el trámite concursal del concordato, cuyo objeto, según el artículo 94 de la ley 222, es "la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito" y el trámite concursal de la liquidación obligatoria, dentro del cual se prevé la celebración de un concordato que tenga por objeto la adopción de cualquiera de las siguientes medidas:

"1. La suspensión temporal del trámite liquidatorio.

"2. El aseguramiento por terceras personas de todos o algunos de los créditos aceptados.

"3. El pago con los dineros que hayan ingresado al patrimonio liquidable, de todas las acreencias o de algunas de ellas.

"4. La celebración de anticresis, daciones en pago y prendas, la regulación de los créditos u otras medidas enderezadas a la protección común de los acreedores y a facilitar la conclusión del trámite o la celebración de concordatos adicionales.

"5. Cualquier otro acuerdo tendiente a regular las relaciones entre el deudor y los acreedores".

73. CONTENIDO DE LOS CONCORDATOS.—El Código Civil no determina el contenido de los convenios concordatarios, sino que se limita a expresar que hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores (art. 1680).

[2] Ob. cit., pág. 411.

[3] Nuevamente citamos al profesor FRANCISCO REYES, al parecer del cual "al establecerse un trámite igual para todas las personas jurídicas, se termina la distinción entre concordato potestativo y obligatorio" (ob. cit., pág. 407).

Porque nos parecen instructivas las palabras del doctor HILDEBRANDO LEAL PÉREZ, aquí las acogemos como nuestras: "La anterior legislación, el derogado título I del libro sexto del Código de Comercio, preceptuaba que los objetivos del concordato preventivo bien podían concretarse a cualquiera de las siguientes medidas, o a todas ellas simultáneamente (art. 1911):

"a. La simple espera de los acreedores o el pago escalonado de sus créditos;

"b. La aceptación de abonos parciales a los actualmente exigibles o de inmediata exigibilidad;

"c. La concesión de quitas de las deudas;

"d. La administración de los bienes o negocios del deudor por una tercera persona, o la simple vigilancia de la administración ejercida por el deudor mismo;

"e. La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato, y

"f. Cualquier otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de este con sus acreedores.

"La nueva legislación, decreto 350 de 1989, consagra en su artículo 2º que el concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito.

"En este campo, relativo al objeto del concordato preventivo, se ha abierto una nueva concepción: a) Mientras en la anterior legislación no se enunciaba expresamente el objeto de la institución, señalándose simplemente las medidas aplicables al concordato, la nueva regulación consagra directamente los objetivos de aquel; b) La anterior legislación buscaba proteger al comerciante y evitar en él la declaratoria de un estado de quiebra. La nueva regulación no habla de comerciante sino de empresario y particulariza el objeto del concordato a la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.

"Entonces, hoy por hoy, el concordato preventivo tiene tres objetivos específicos: a) La conservación de la empresa; b) La recuperación de la empresa; c) La protección adecuada del crédito...

"Como señalamos, la anterior legislación enumeraba algunas medidas aplicables para el logro del fin concordatario preventivo: la simple espera de los acreedores o el pago escalonado de la deuda, la aceptación de abonos parciales a los créditos, la concesión de quitas de las deudas, la administración de los bienes o negocios del deudor por una tercera persona o la simple vigilancia de la gestión del deudor, la enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato, y, en fin, cualquiera otra medida que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de este con sus acreedores. Dentro de tal legislación, en el último evento cabrían una infinidad de medidas que la nueva regulación lo que hace es desmenusar. En efecto,

el segundo inciso del decreto 350 de 1989 enumera las medidas tendientes a procurar los objetivos propios del concordato preventivo, consistiendo en una enumeración mucho más amplia, en cuanto a expresibidad se refiere, que la anterior. En su orden se tienen las siguientes:

"1ª. La administración del patrimonio y los negocios de la empresa por un establecimiento de crédito o una sociedad fiduciaria debidamente autorizados por la Superintendencia Bancaria;

"2ª. La vigilancia permanente de la administración ejercida por el empresario deudor;

"3ª. La constitución de una sociedad en la que participen los acreedores como asociados, siendo entendido que quienes no ingresen a la compañía deberán aceptar el pago de sus créditos conforme se disponga en el acuerdo concordatario;

"4ª. El aumento de capital social y la conversión de créditos a cargo de la sociedad en partes de interés, cuotas o acciones en la cantidad en que dicho aumento no sea cubierto por los asociados;

"5ª. Cuando se trate de sociedad, su transformación o la fusión con otra u otras compañías;

"6ª. La amortización gradual de todos los créditos con base en las disponibilidades actuales o futuras de la empresa;

"7ª. La cesión parcial o total de las partes de interés, cuotas o acciones en que esté distribuido el capital social;

"8ª. La dación en pago o la cesión de bienes a los acreedores para extinguir total o parcialmente las deudas, siempre que cualquiera de tales negocios jurídicos no paralice o afecte la marcha normal de la empresa.

"9ª. La venta, permuta, arrendamiento o cesión de elementos del activo, o de uno o más de los establecimientos de comercio siempre que su enajenación se realice en estado de unidad económica en plena explotación;

"10. La venta de maquinaria o equipo obsoleto para su sustitución;

"11. La cesación de determinadas actividades, o el desarrollo de otras nuevas;

"12. La aprobación de planes de refinanciación de la empresa;

"13. El cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder al crédito de fomento o beneficios especiales establecidos para la defensa o recuperación de las empresas en crítica situación económica;

"14. Y cualesquiera otras que resulten útiles para los fines indicados en el primer inciso de este artículo..."[4].

[4] Concordatos mercantiles, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1989, págs. 38 a 40. Véase también la obra del doctor GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, Comentarios al régimen de concordatos comerciales, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993, págs. 37 y ss.

Es larga exposición que precede la que hemos hecho con el único objeto de que el lector se forme una idea más amplia del concordato y de la riqueza de las medidas que caso por caso pueden abarcar. Sin embargo, la nueva ley 222 decidió dejar a la doctrina y al ingenio de los abogados y litigantes las soluciones legales que se pueden adoptar dentro de este trámite concursal; y se limitó a preceptuar en su artículo 94, cuales son los objetivos del concordato, en los siguientes términos:

"El concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección del crédito".

74. Requisitos de los concordatos.—En este lugar solamente nos corresponde ocuparnos de los requisitos sustanciales del acto concordatario; no así de aquellos que miran a su formalismo procesal, regulado actualmente por la ley 222 de 1995. Son tales requisitos sustanciales:

1º) Cualquiera que sea la clase de concordato, hoy por hoy nuestra legislación es uniforme, en el sentido de que debe ser aceptado expresamente por el deudor y obtener el voto favorable de uno o más acreedores que representen no menos del 75 por ciento del valor de los créditos reconocidos y admitidos (ley 222 de 1995, arts. 129, 130 y 203).

2º) Los acuerdos concordatarios deben ser de carácter general, o sea, que no pueden excluir a ningún acreedor que haya sido reconocido o admitido, y tienen que respetar la prelación, los privilegios y preferencias establecidos por la ley; a lo que se agrega obviamente que la requerida generalidad de los acuerdos concordatarios también se opone a que en estos se establezcan discriminaciones entre los acreedores, que desmejoren la situación de alguno o algunos de ellos, según la clase a que pertenezcan conforme a la ley (art. 135 ibídem).

3º) La finalidad del concordato es la de dirimir la colisión de intereses entre el deudor y sus acreedores, finalidad que determina la índole transaccional de dicho acto y que lo sujeta al régimen del contrato de transacción. Conclúyese de este planteamiento que los acuerdos concordatarios deben traducir concesiones recíprocas entre las partes. De no ser así, el acto trascendería su ámbito propio, como ocurriría, por ejemplo, si los acreedores se limitasen a desistir del proceso o a renunciar a sus créditos (C. C., art. 2469), o a concederle al deudor la gracia de pagar cuando buenamente pueda. Decisiones de esta índole resultarían irritantes al ser adoptadas por una mayoría de acreedores, que así sacrificaría el derecho de la minoría de ellos, sin contraprestación alguna del deudor, como lo requieren la naturaleza y finalidad transaccionales del concordato.

4º) En fin, los acuerdos concordatarios no se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, sino que además deben ser aprobados por el superintendente de sociedades o por los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio principal del deudor,

de modo tal que esta aprobación no es un simple requisito procesal, sino que opera ad substantiam actus, determinando su eficacia (ley 222, arts. 135 y 213). Corresponde, por tanto, al juez competente o al superintendente de sociedades revisar el trámite concordatario, para determinar si se han cumplido los requisitos de forma y si los acuerdos adoptados reúnen las condiciones sustanciales pertinentes.

75. Efectos.—Celebrado y aprobado el concordato conforme a las prescripciones legales, es obligatorio no solo para el deudor y los acreedores que lo hayan votado favorablemente, sino también para los demás acreedores ausentes o disidentes siempre y cuando que estos hayan sido debidamente citados (C. C., art. 1681, C. de Co., art. 1991 y decr. 350 de 1989, art. 33).

Esta normatividad de los acuerdos concordatarios se predica actualmente respecto de todos los acreedores, comoquiera que el artículo 21 del decreto 350 de 1989, que reformó lo dispuesto por el artículo 1918 del Código de Comercio, establece que "todos los acreedores del empresario deberán hacerse parte en la forma y términos señalados en el ordinal cuarto del artículo sexto de este decreto. Los acreedores con garantía real conservan la preferencia y el orden de prelación para el pago de sus créditos, pero deberán hacerlos valer dentro del concordato. Si se presenta desacuerdo entre aquellos y el empresario o los demás acreedores, respecto del valor del bien objeto de la garantía, el juez decretará un dictamen de peritos escogidos de la lista de expertos que haya elaborado la cámara de comercio con jurisdicción en los lugares donde estén situados los bienes. Este dictamen no será objetable; pero si el juez considera que no está suficientemente fundado o que no presta mérito de convicción, designará nuevos peritos y rendido su dictamen fijará el precio que corresponda". Así explica la Superintendencia de Sociedades, en su exposición de motivos al proyecto de reforma al régimen de concordatos de junio de 1984, la razón de ser de la eficacia general de que hoy en día están revestidos los acuerdos concordatarios: "La evolución del concordato, el cual originalmente fue concebido como una institución únicamente para los acreedores quirografarios, ha desembocado en la urgente necesidad de revisar todos los mecanismos procesales e ideológicos para incorporar a todos los acreedores, para que decidan en forma colectiva la suerte de la empresa en dificultades.

"Una de las grandes fallas de la legislación nacional, fue la de permitir a los acreedores con garantía real, que generalmente son los más poderosos, y los que realmente pueden ayudar al comerciante en crisis, que se abstuvieran de votar el concordato para que hicieran valer su crédito por separado.

"En estas circunstancias, y la experiencia lo ha demostrado, los acreedores privilegiados con garantías reales se negaban a votar el concordato para salir a iniciar los procesos ejecutivos con medidas cautelares, imposibilitando al empresario la continuidad de sus actividades mercantiles y con la frustración

de un concordato aceptado por los más pobres, como lo son por regla general los acreedores quirografarios, quienes en último nada podían hacer frente a los derechos garantizados en la ley para los créditos hipotecarios o prendarios.

"De esta suerte, al acreedor con garantías reales, nada le importaba la suerte de la empresa; su crédito estaba asegurado contra la contingencia del concordato, pues no estaba llamado a colaborar en la solución del empresario deudor".

III. La prelación de créditos

A. Generalidades

76. Concepto.—Si la garantía de los acreedores está constituida por todos los bienes del deudor, salvo los no embargables, ¿cómo se hace efectiva esa garantía en caso de concurrencia de dos o más acreedores? Tres opciones se ofrecen para solucionar tal cuestión, a saber: o se le reconoce preferencia a cada acreedor que vaya ejerciendo su derecho de persecución sobre los bienes del deudor, en forma tal que su prioridad temporal determine su mejor derecho (prior in tempore potior in ius); o se les otorga a todos los acreedores absoluta igualdad jurídica para que se repartan el patrimonio del deudor en proporción a sus créditos; o atendiendo a ciertas circunstancias de fondo, se establecen preferencias en favor de alguno o algunos de los acreedores concurrentes.

Esta última solución es la que adopta nuestro ordenamiento, según la enuncia el artículo 2492 del Código Civil, en los siguientes términos: "Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue". Y seguidamente agrega el artículo 2493: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera".

Tiénese, por tanto, de los textos legales que hemos transcrito, que la prelación de créditos es la que la ley establece entre ellos para ser pagados en cierto orden, lo que puede determinar que alguno o algunos de ellos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente.

77. Causas de la preferencia.—Según ya quedó insinuado, estas obedecen a consideraciones de fondo que la ley tiene en cuenta para asignar el lugar que deben ocupar los créditos concurrentes, consideraciones que, conforme lo puntualizaremos en detalle, unas veces miran a la persona del acreedor, otras al origen de los créditos y otras a sus garantías específicas.

78. Denominaciones legales.—En términos del artículo 2493, "las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca"; el 2494 agrega que "gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase"; y el artículo 2499 expresa: "La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios".

De la redacción de los precisados textos, sus comentaristas suelen deducir una clasificación entre los créditos privilegiados, que serían los de las clases primera, segunda y cuarta, y los preferentes por ser hipotecarios. Con otras palabras: se trata de buscar una diferenciación entre el privilegio y la hipoteca, con el único resultado de oscurecer la cuestión, cuando lo único cierto es que la ley señala prelación entre los créditos concurrentes, asignándoles a algunos de ellos la preferencia, o el privilegio, o como se quiera llamar, de ser pagados antes de los comunes o batistas[5].

79. Efectividad de la prelación.—Como se trata de una institución que rompe el principio de la igualdad jurídica de los acreedores, su aplicación es restrictiva, es decir, que no es aplicable sino en los casos expresamente previstos por la ley (C. C., art. 2508).

Pero es inexacto afirmar que el problema de la prelación de créditos solo tiene cavida en los procesos concursales (concordato y liquidación obligatoria). Tal cuestión puede suscitarse en un proceso singular de ejecución cuando dos o más acreedores pretenden ser pagados preferentemente con los bienes trabados en aquel.

80. Clasificación de las preferencias.—Lo que sí es dable, y además útil, es clasificar las preferencias en generales y especiales. Las primeras dan derecho al acreedor para perseguir la satisfacción preferencial de su crédito sobre todos los bienes del deudor, por ejemplo, las preferencias de los créditos de la primera y de la cuarta clases. Por el contrario, las preferencias especiales solo afectan a determinados bienes, v. gr., la de que gozan los créditos hipotecarios y pignoraticios, en forma tal que si el valor de los bienes gravados es insuficiente para satisfacerlos totalmente, el saldo insoluto de ellos pasa a convertirse en un crédito común, sujeto al prorrateo con los otros créditos no privilegiados.

B. Las clases de créditos

81. Precisión.—Para los efectos de la prelación en caso de concurrencia, el Código Civil divide los créditos en cinco clases, atribuyéndoles preferencia a los de las primeras cuatro, respecto de la quinta que agrupa los créditos

[5] En contra, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, Derecho civil, t. iv, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, núm. 1117.

comunes, cuyo pago depende de que quede remanente de bienes después de cubrir los créditos de las clases anteriores. Además, otras leyes han establecido otras categorías de créditos privilegiados. Pero aquí solamente habremos de ocuparnos en los casos que toquen estrictamente con el derecho civil.

La primera clase

82. Créditos que comprende.—Pertenecen a esta clase los créditos relacionados en el artículo 2495 del Código Civil, modificado y adicionado por el artículo 36 de la ley 50 de 1990 y por el artículo 134 del decreto 2737 de 1989 (C. del M.). De los textos legales citados, resulta que los créditos de la primera clase son, en su orden, los que emanan de las siguientes causas:

1º) Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; y los créditos por alimentos a favor de menores;

2º) Las costas judiciales que se causen en el interés de los acreedores;

3º) Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;

4º) Los gastos de la enfermedad por la que ha fallecido el deudor;

5º) Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses; y

6º) Los créditos fiscales por impuestos.

83. Créditos laborales y créditos por alimentos de menores.—El artículo 36 de la ley 50 de 1990 relaciona los "salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales". Comprende, por tanto, esta causal de preferencia toda clase de remuneraciones de los trabajadores y todas las prestaciones legales y extralegales a favor de estos, como son los auxilios por enfermedad, cesantía, indemnización por accidentes y por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, pensiones de jubilación, primas, etc. Inspírase, pues, esta causal, en el criterio dominante en el derecho laboral de prestar especial consideración a la clase trabajadora.

El artículo 36 de la ley 50 de 1990 modificó el artículo 2495 del Código Civil, al disponer que "los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás" (subrayamos), quedando, de esta manera, ubicados dentro del primer orden de la primera clase y con preferencia, incluso, respecto de las costas judiciales, las expensas funerales y los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Además, se debe tener en cuenta que el ordinal 5º del artículo 2495 fue adicionado por el artículo 134 del decreto 2737 de 1989 (C. del M.), para incluir

en la causal que se comenta "los créditos por alimentos a favor de menores". Este Código se funda en el propósito de protección a la infancia, con el que estamos de acuerdo, aun cuando nos parece que a este respecto también se ha debido limitar el privilegio a los alimentos necesarios, pues nos parece inequitativo que, a expensas de los acreedores, se paguen preferentemente alimentos congruos a quienes así los deba un alimentante insolvente. Y por virtud de la inexequibilidad declarada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-92 de febrero 12 de 2002, a cuyos términos "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos a favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase", estos créditos alimentarios quedaron igualados, en lo tocante a su preferencia, con los créditos laborales, porque resulta dudoso si hay lugar a preferir entre unos y otros.

84. Costas judiciales.—Para que estas gocen de preferencia deben ser generales, es decir, de provecho para todos los acreedores, como los gastos de las diligencias de inventarios, los honorarios de los peritos avaluadores, los gastos de los remates de bienes, los de las acciones reivindicatorias de bienes del deudor, etc. Si se trata de costas individuales que cada acreedor realiza en pro de sus pretensiones, no tienen privilegio alguno, sino que concurren con las costas de la misma clase de los otros acreedores.

85. Expensas funerales.—El respeto a los muertos es un sentimiento que se remonta a los orígenes de la civilización. El derecho moderno lo acoge por razones de humanidad y también de salubridad, y así, nuestro Código Civil concede privilegio de primera clase a quienes suministran y prestan servicios para el enterramiento del deudor difunto. Pero el texto que se comenta establece una limitación razonable: las expensas han de ser las necesarias para los funerales de un deudor que ha caído en estado de quiebra o de insolvencia, pues sería injusto que a cargo de sus acreedores corriesen los gastos de pomposas exequias. Corresponde, por tanto, al juez, con ocasión de la graduación de los créditos, apreciar discretamente hasta dónde el monto de las expensas de que se trata responde al límite legal que permite el privilegio.

86. Gastos de enfermedad.—Expresamente los concreta el artículo 2495 a los de la enfermedad de que haya fallecido el deudor, tales como honorarios de médicos y enfermeros, clínicas, medicamentos, etc. Inspírase aquí también la ley en consideraciones humanitarias que justifican que el deudor, pese a su mala situación económica, procure salvar su vida.

Pero, en este punto también se tiene en cuenta el legítimo interés de los acreedores, y así, en el supuesto de que la enfermedad hubiese durado más de seis meses, se deja al prudente arbitrio del juez determinar, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

87. Suministros alimentarios.—Gozan de privilegio los créditos de personas que, durante los últimos tres meses, le hayan suministrado al deudor y a su familia "los artículos necesarios de subsistencia". Esta redacción legal indica que la causal de preferencia se refiere exclusivamente a los elementos necesarios para conservar la vida y no a otros suministros distintos, como serían el vestido o la habitación, ni tampoco a los suministros suntuarios que no se compadecen con la mala situación económica del deudor. Por ello, el propio texto legal también atribuye al juez, a petición de los acreedores o, en nuestro sentir, de alguno de ellos la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

A este propósito conviene aclarar, según lo tiene admitido la doctrina, que la expresión familia a que el texto se refiere tiene la comprensión que le asigna el artículo 874, es decir, que abarca a la mujer y a los hijos, a los sirvientes necesarios, a las personas que vivan con el deudor y a su costa, a las personas a quienes este deba alimentos.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el ordinal 5º del artículo 2495 fue adicionado por el artículo 134 del decreto 2737 de 1989 (C. del M.), para incluir en la causal que se comenta "los créditos por alimentos en favor de menores". Este Código se funda en el propósito de protección a la infancia, con el que estamos de acuerdo, aun cuando nos parece que a este respecto también se ha debido limitar el privilegio a los alimentos necesarios, pues nos parece inequitativo que, a expensas de los acreedores, se paguen preferentemente alimentos congruos a quienes así los deba un alimentante insolvente.

88. Créditos fiscales.—Textualmente relaciona el artículo 2495, 6º, "los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados", lo que ha dado lugar, desde la expedición del Código, a que se discuta si los créditos por impuestos en favor de otras entidades políticas, como los departamentos, quedan o no comprendidos en la causal de privilegio de que se trata. Nosotros nos inclinamos por la solución afirmativa, porque la expresión fisco comprende no solamente el tesoro nacional, sino también el departamental y el municipal[6]. Ocurrió que el texto en cuestión se copió literalmente del Código chileno (art. 2472), sin ajustarlo a la división política territorial adoptada por la Constitución de 1886.

Régimen de la primera clase

89. Preferencia general.—Los créditos de la primera clase gozan de preferencia general, porque pueden hacerse efectivos preferencialmente sobre todos los bienes embargables del deudor. Más aún, esta preferencia afecta también

[6] Fernando Vélez, Estudio sobre el derecho civil colombiano, t. ix, París, Imprenta París-América, s. f., núm. 353.

los bienes adscritos a los créditos de la segunda y tercera clases, como son los efectos del deudor que responden de los créditos del posadero, los transportados que responden de los créditos del transportador, y los bienes pignorados o hipotecados. Y esta preferencia afecta igualmente todos los bienes del heredero que ha aceptado la herencia sin beneficio de inventario (C. C., art. 2507).

Esta preferencia general y de grado superior a los de cualesquier otros créditos se deduce de los siguientes artículos del Código Civil: "Art. 2496.—Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor...". "Art. 2498.—Afectando a una misma especie créditos de la primera y créditos de la segunda, excluirán estos [los de la segunda] a aquellos [los de la primera]; pero si fueren insuficientes los demás bienes [del deudor] para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit [lo que falte para pagarlos], y concurrirán en dicha especie [la adscrita a un crédito de segunda clase]..."[7]. "Art. 2500.—Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor. El déficit [lo que falte para pagar los créditos de la primera clase] se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de estas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella..."[8]. Tiénese, pues, en suma, que contra los créditos de la primera clase no puede alegarse preferencia alguna otorgada a los créditos de otras clases. Así, por ejemplo, si los bienes del deudor no hipotecados o pignorados son insuficientes para pagar los salarios y prestaciones de sus trabajadores, estos créditos laborales prefieren a los hipotecarios o pignoraticios, los que tienen que ceder proporcionalmente hasta concurrencia del déficit de dichos créditos laborales.

90. Orden de prelación.—Es el establecido por el artículo 2495, con las modificaciones introducidas por el artículo 36 de la ley 50 de 1990 y por el artículo 134 del Código del Menor, interpretado este último en la forma en que lo dispuso nuestra Corte Constitucional, en forma tal que los créditos laborales y los créditos alimentarios de los menores prefieren a las costas judiciales en pro de todos los acreedores, estas a los gastos funerarios, estos a los de la última enfermedad del deudor, y así sucesivamente hasta agotar la lista del citado artículo 2495 del Código Civil.

Tal es lo dispuesto por el artículo 2496 que, a más de consagrar la generalidad de la preferencia de los créditos de la primera clase respecto de todos los bienes del deudor, agrega que "no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otras en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata".

[7] Hemos usado los paréntesis para facilitar la inteligencia del texto.

[8] Ibídem.

Como se ve, el aparte final transcrito también establece la igualdad entre los créditos de la misma especie, cualesquiera que sean sus fechas, en forma tal que concurran entre sí a prorrata de sus valores.

91. Transferencia de los bienes del deudor.—Es obvio que los bienes del deudor solamente están afectos al pago de sus deudas mientras formen parte de su patrimonio, no así cuando se han transferido válidamente a terceros poseedores. Por ello resulta superfluo y confuso que el artículo 2496, refiriéndose a los créditos de la primera clase, diga: "Los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores". Además, esta fórmula, que es pertinente a la transferencia, es decir, al traspaso de los bienes del deudor a terceros por acto entre vivos, resulta inexacta si se pretende aplicar a la transmisión de dichos bienes por causa de muerte, porque en tal caso el heredero no es un tercero y, a más de esto, los bienes relictos del deudor siempre responden de sus obligaciones (C. C., art. 2507).

La segunda clase

92. Créditos que comprende.—A términos del artículo 2497: "A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 1º) el posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por este en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños; 2º) el acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta; 3º) el acreedor prendario sobre la prenda".

Del texto transcrito se deduce que los créditos de la segunda clase son los siguientes:

1º) los créditos del posadero;

2º) los créditos del acarreador, y

3º) los créditos con prenda.

93. Los créditos del posadero.—Mayor importancia que la que tenía en la época en que se expidió el Código Civil alcanza esta causal de preferencia, debido al incremento de los medios de transporte, del tráfico mercantil y del turismo, que implican un constante desplazamiento de personas que requieren alojamiento en establecimientos dedicados a la industria hotelera.

El fundamento de la preferencia de que se trata se suele explicar por cuanto el posadero se encuentra en la necesidad de contratar permanentemente con

personas que no conoce y cuya solvencia solo puede apreciar por los efectos que lleva, v. gr., los equipajes, caballerías, vehículos, etc. Además, respecto de tales efectos, cuando son introducidos en la posada y entregados al posadero o a sus dependientes, el posadero tiene la calidad de depositario y asume responsabilidad que la ley reglamenta especialmente (C. C., arts. 2265 y ss.). Entonces, en compensación de esa situación de incertidumbre y de esta responsabilidad que asume el posadero, la ley lo retribuye, otorgándole privilegio para ser pagado con los aludidos efectos del huésped, privilegio que implica un derecho de retención sobre esos efectos.

Ahora bien, conforme dispone el ordinal 1º del artículo 2497, para el privilegio y el derecho de retención de que se trata, deben cumplirse los siguientes presupuestos:

a) El crédito privilegiado del posadero solo comprende lo que corresponda al alojamiento, expensas y daños, esto es, a habitación, manutención y suministros similares al deudor, sus familiares, dependientes, acompañantes, animales y vehículos, como también a los daños que por razón del hospedaje se causen en la posada, todo ello sin tener en cuenta la cuantía del crédito. Por el contrario, carecen de privilegio los otros créditos que el posadero pueda adquirir contra su huésped, v. gr., los provenientes de préstamos de dinero, venta de mercancías, etc.

b) La preferencia solo recae sobre los efectos que el deudor introduzca en la posada y mientras estos permanezcan en ella, por ejemplo y según quedó dicho, las maletas y baúles con su contenido, joyas, dineros, caballos, vehículos, etc.[9]. Fuera de esto, el privilegio solamente dura mientras los efectos permanezcan en la posada; por tanto, si el posadero se los entrega al huésped deudor, cesan el privilegio y el derecho de retención, y si el huésped regresa con los mismos efectos o con otros, estos ya no responden preferentemente de las deudas anteriores.

c) En fin, el texto legal limita el privilegio respecto de los bienes de propiedad del huésped, la que allí se presume. Por tanto, tratándose de una presunción legal, el verdadero dueño es recibido a excluir sus efectos de la retención y persecución del posadero[10].

94. Los créditos del transportador.—Importa declarar en este punto, por haberse prestado ello a discusión, si el privilegio de que se trata compete al propietario del vehículo en que se realiza el transporte, o si está estrictamente

[9] En contra, Fernando Vélez, ob. cit., t. ix, núm. 360.

[10] "El Código de Comercio califica de mercantil el contrato de hospedaje cuando el alojamiento y los servicios accesorios son prestados por empresas dedicadas a esa actividad (art. 1192) y faculta al empresario para obtener el pago de su cuenta con el producto de la venta de los efectos del huésped en un martillo público (art. 1199). Es en este campo mercantil donde mayor relevancia alcanza hoy la cuestión del privilegio de los créditos del posadero.

vinculado al contrato mismo de transporte, en forma tal que solo ampara el derecho crediticio que en razón de este adquiere el acarreador. Pues bien, la institución de los privilegios es de excepción y, por ello, solo es aplicable en los casos expresamente establecidos por la ley. Por tanto, en nuestro caso, el derecho de preferencia corresponde exclusivamente al "acarreador o empresario de transportes", cuyas relaciones con el pasajero, cargador o destinatario, son diferentes de las que pueda tener aquel o cualquiera de estos con el dueño del vehículo empleado para el transporte.

De otro lado, los presupuestos legales de esta causal de preferencia son similares a los de la causal anteriormente examinada, la del crédito del posadero.

a) El crédito privilegiado del transportador únicamente comprende el acarreo, expensas y daños, es decir, el precio o flete del transporte y los daños que el pasajero o las cosas transportadas ocasionen, pero sin límite de valor.

b) La preferencia solamente recae sobre los efectos que sean del equipaje del pasajero o transportados como carga, y dura mientras el empresario o sus agentes o dependientes conserven tales efectos en su poder, pues, una vez entregados, se extinguen el privilegio y el derecho de retención que este implica.

c) En fin, los efectos acarreados deben ser de propiedad del deudor pasajero, cargador o destinatario por cuya cuenta se hace el transporte, circunstancia esta que también se presume legalmente y que, de faltar, autoriza al tercero, dueño verdadero, para excluir lo suyo del presunto derecho del acarreador.

95. El acreedor prendario.—Tiene un derecho real de garantía sobre la cosa pignorada, que le permite hacer efectivo su crédito sobre el valor de dicha cosa mediante la subasta de esta, y en dicha subasta el acreedor puede hacer postura para que se le adjudique por el valor de su crédito, si este cubre el monto de la tasación de la cosa, o completando este monto en caso contrario (C. C., art. 2422).

Según el artículo 1200 del Código de Comercio, "podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles. La prenda podrá constituirse con o sin tenencia de la cosa". La prenda sin tenencia del acreedor hace excepción a la llamada prenda común, en cuanto aquella se perfecciona, no ya por la entrega material de la cosa pignorada al acreedor, sino por la inscripción registral de dicho gravamen (C. de Co., art. 1208). Esta figura jurídica, impuesta por las necesidades económicas, permite que el deudor conserve la cosa pignorada, sin entrabar la explotación económica a que se encuentre destinada.

Además, dentro de la concepción clásica acogida por el Código Civil, la prenda es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa al acreedor o a un tercero designado como tenedor prendario (art. 2409). De aquí que esta prenda común tenga que ser única, pues no se concibe esa entrega sucesiva a dos o más acreedores o tenedores prendarios (C. de Co., art. 1204 in fine). Algo diferente ocurre, según quedó visto, en punto de la prenda sin des-

apoderamiento, la cual "solo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción" (ibídem, art. 1208), lo que sí permite la constitución de dos o más prendas sobre el mismo bien (ibídem, art. 1211).

Régimen de la segunda clase

96. Preferencia especial.—Los créditos de la segunda clase gozan de una preferencia especial, porque esta hace relación en forma exclusiva a los bienes legalmente afectos a dichos créditos, cuales son los dados en prenda, los introducidos por el deudor en la posada y los transportados por el acarreador o empresario de transportes.

97. Orden de prelación.—Salta a la vista que, como cada crédito de la segunda clase versa específicamente sobre determinados bienes, entre los créditos de la segunda clase, a diferencia de los de la primera, no existe un orden de prelación, salvo el caso de la prenda sin tenencia que se puntualizará adelante.

Este asunto de la prelación se ofrece en el caso de concurrencia de créditos de esta segunda clase con los de la primera. En tal caso, dispone el artículo 2498 que "afectando a una misma especie créditos de la primera y créditos de la segunda, excluirán estos a aquellos", o sea, que los créditos de la segunda clase deben ser satisfechos preferentemente con el valor de los bienes que están afectos a ellos. Sin embargo, para que esta regla se aplique es necesario que los demás bienes del deudor, o sea, aquellos que no respondan específicamente de los créditos del posadero, o del transportador o del acreedor prendario, alcancen para satisfacer totalmente los créditos de la primera clase, pues, de no ser ello así, estos tienen preferencia en cuanto al déficit o faltante para cubrirlos, según lo dispone el artículo 2498: "...pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie...".

Varias hipótesis se ofrecen con ocasión del precitado régimen legal.

La más simple sería la que así se ejemplariza: los créditos de la primera clase valen $ 100.000, alguno de los de la segunda, v. gr., el de un acreedor prendario, vale $ 50.000, y el deudor no tiene otros bienes que el dado en prenda. Si el producto de la venta de este es de $ 150.000 o más, no hay problema: los créditos se satisfacen totalmente. Pero si el producto de la venta solo es de $ 120.000, se pagarán preferentemente los $ 100.000 de los créditos de la primera clase y el acreedor prendario solo recibirá el remanente de $ 20.000.

La cuestión se complica cuando, en la hipótesis propuesta, con los créditos de la primera clase concurren dos o más de la segunda, pues, entonces, hay que resolver si el déficit de aquellos afecta a uno solo de estos o a todos a prorrata. Por ejemplo, subastados por los $ 120.000 los bienes afectos al crédito del posadero, que asciende a $ 10.000, los afectos del crédito del acarreador, que vale $ 20.000, y la prenda que le garantiza al respectivo acreedor $ 20.000, y pagados los $ 100.000 de los créditos de la primera clase, ¿cómo sufren el déficit

los créditos de la segunda? Pues, incuestionablemente, a prorrata del valor de estos, ya que el artículo 2497 no establece entre ellos un orden de prelación[11], lo que se explica, porque cada uno de los créditos de segunda clase solo goza de privilegio respecto de los bienes específicos adscritos a él: los efectos del huésped, o los del cargador en el transporte, o los dados en prenda. Entonces, aplicando el criterio expuesto, el remanente de $ 20.000 del precio de la subasta, se dividiría así: $ 4.000 para el posadero, $ 8.000 para el transportador y $ 8.000 para el acreedor prendario.

La cuestión se dificulta aún más cuando hay déficit para el pago de los créditos de la primera clase y el deudor solo tiene bienes que responden de créditos de la segunda y de la tercera clases. Por ejemplo, el deudor ha hipotecado su finca por $ 100.000, ha pignorado sus ganados o sus equipos industriales por $ 50.000, tiene deudas de la primera clase por $ 100.000, y el producto de la venta de la finca y de los ganados o de la maquinaria solamente asciende a $ 120.000. Se pregunta, entonces: pagado el déficit de los créditos de la primera clase, o sea, los $ 100.000, ¿tal déficit lo sufre el crédito prendario de segunda clase, o el hipotecario de tercera clase, o ambos a prorrata de sus valores? El Código Civil no soluciona este problema. En efecto, el artículo 2498 dispone: "Afectando a una misma especie créditos de la primera y créditos de la segunda... si fueren insuficientes los demás bienes [expresión que incluye los hipotecados] para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie..." (se subraya). Y de su lado, el artículo 2500 preceptúa: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor..." (expresión que incluye los bienes adscritos a la segunda clase). De suerte que, conforme al tenor del artículo 2498, el déficit de los créditos de primera clase lo sufrirían los créditos hipotecarios, antes que los de la segunda clase, pues, los bienes hipotecados quedan comprendidos en "los demás bienes" que, según este artículo, responden de dicho déficit antes que los bienes afectos a los créditos de la segunda clase. Pero, conforme al artículo 2500, ese déficit de los créditos de la primera clase solo se hace efectivo sobre los bienes hipotecados en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con "los otros bienes" del deudor, esto es, que los bienes afectos a los créditos de la segunda clase responderían del déficit antes que los hipotecados.

El problema planteado se ha tratado de resolver en favor de los créditos de la segunda clase, con el argumento empírico y exegético de que estos están ubicados en el Código antes que los créditos hipotecarios o de tercera clase "y por algo los ha colocado el legislador en el segundo lugar"[12].

[11] Fernando Vélez, ob. cit., t. ix, núm. 366.

[12] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, Derecho civil, t. iv, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, núm. 1150.

En nuestro sentir, la solución jurídica y equitativa es la de que el déficit de los créditos de la primera clase afecta proporcionalmente a los de la segunda y la tercera clases, a falta de otros bienes del deudor[13].

El artículo 2498 se endereza a resolver la colisión entre los créditos de las clases primera y segunda, dándoles preferencia a los de la primera y el artículo 2500 solo habla del enfrentamiento entre los créditos de la primera clase y los hipotecarios de la tercera, dándoles preferencia a los de la primera.

La diferencia que existe entre los créditos de la segunda y la tercera clases no es de orden de prelación entre ellas, según su ubicación en el Código, sino que está determinada por la naturaleza de los bienes afectos a los créditos. Así, por ejemplo, el crédito prendario no prefiere al hipotecario, porque aquel esté relacionado en el artículo 2497 y este en el 2499, sino que cada uno de ellos actúa en el campo de su privilegio: el prendario se hace efectivo sobre las cosas muebles pignoradas en su garantía, y el hipotecario sobre el inmueble hipotecado. En esto, y solo en esto, se distingue la preferencia especial, de que ambos están igualmente dotados, de la preferencia general que sobre todos los bienes del deudor (incluidos los prendarios y los hipotecarios, en caso de déficit) gozan los créditos de la primera clase, preferencia general esta que sí determina su prelación respecto de todos los demás créditos.

Con otras palabras: ni la ley ni la razón determinan que los créditos de la segunda clase prevalezcan sobre los de la tercera clase, ni viceversa. Lo que aquellas mandan es que el crédito del posadero debe pagarse preferentemente con los efectos introducidos por el deudor en la posada, el del transportador con los efectos transportados, el del acreedor prendario con los bienes pignorados, y el del acreedor hipotecario con los bienes hipotecados, y que si los créditos de la primera clase no alcanzan a ser cubiertos con otros bienes distintos del deudor, los créditos que se acaban de enumerar deben contribuir a dicho pago. ¿Cómo? Pues proporcionalmente, porque los artículos 2498 y 2500 los destinan, por igual, a cubrir el déficit de los créditos de la primera clase. Tan aberrante resultaría que, por ejemplo, el acreedor prendario recibiera la totalidad de su crédito, al paso que el acreedor hipotecario tuviera que sufrir solo la concurrencia de los acreedores de primera clase, como que el deudor prendario tuviera que soportar solo esta concurrencia en provecho del acreedor hipotecario.

En fin, a propósito de la prenda sin tenencia ya se dijo que, como esta se perfecciona por su inscripción registral y no por la entrega material de los bienes pignorados, pueden existir varias prendas de tal clase sobre los mismos bienes. Surge, entonces, el problema de saber si tales créditos prendarios concurren a prorrata sobre el valor de los bienes pignorados, o si entre ellos existe un orden de prelación. Si lo primero, existiendo, por ejemplo, dos créditos prendarios, cada uno por $ 10.000, y subastados los bienes por $ 10.000, cada uno de los

[13] Fernando Vélez, ob. cit., t. ix, núm. 366.

acreedores recibiría $ 5.000. Si lo segundo, el acreedor primeramente inscrito recibiría todos los $ 10.000 y el segundo nada recibiría.

Esta cuestión ha sido resuelta expresamente por la legislación mercantil, que es la que rige para toda prenda sin tenencia del acreedor (C. de Co., art. 1207 in fine). En efecto, dispone el artículo 1211 del Código de Comercio que "cuando sobre una misma cosa se constituyan varias prendas, se determinará su orden de prelación por la fecha del registro". Así las cosas y en el caso de nuestro ejemplo, el acreedor primeramente inscrito recibiría todos los $ 10.000.

La tercera clase

98. Créditos que comprende.—"La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios", comienza diciendo el artículo 2499. Al respecto debe advertirse que el Código Civil, con buen acuerdo, se apartó de su modelo francés al suprimir las hipotecas legales y judiciales que este consagra al lado de las hipotecas convencionales, es decir, de las constituidas por contrato, que son las únicas que aquel admite. El acierto de tal determinación de nuestro legislador radica en que las hipotecas legales, v. gr., la que pudiera establecerse sobre los bienes del marido en favor de la mujer incapaz para garantizarle a esta los bienes administrados por aquel, son inciertas en cuanto a su existencia y cuantía, y, por ello, peligrosas para los terceros que negocien con el marido. Por el contrario, las hipotecas convencionales, únicas reconocidas por nuestro Código Civil, en razón de que deben constituirse por escritura pública con indicación de su monto y debidamente inscritas en el registro de instrumentos públicos, ofrecen la necesaria certeza, ya que solo existen en cuanto esté vigente su inscripción registral y por el preciso monto estipulado.

Régimen de la tercera clase

99. Preferencia especial.—Los créditos hipotecarios que forman la tercera clase tienen, al igual que los de la segunda, una preferencia especial, por cuanto esta se concreta al valor de los bienes gravados en su garantía, en forma tal que si dicho valor no alcanza para satisfacerlos, el saldo insoluto ya no tiene preferencia, se convierte en un crédito común, sujeto a prorrateo con los créditos de la quinta clase (art. 2510).

100. Orden de prelación.—También al igual que los créditos de la segunda clase cuya preferencia está circunscrita a determinados bienes, los créditos hipotecarios tienen que ceder ante los créditos de primera clase. Tal es lo declarado por el artículo 2500: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor". De suerte que, en el caso de déficit en el pago de

los créditos de la primera clase, los acreedores hipotecarios deben concurrir a pagarlos, y así, para que dichos acreedores puedan ejercer sus acciones sobre las fincas hipotecadas, sin esperar a los resultados del concurso general contra el deudor, tienen que consignar una suma prudencial para satisfacer el déficit de los créditos de la primera clase, en la parte que sobre tales fincas recaiga (art. 2501).

Al tratar de los créditos de la segunda clase quedó declarado que entre estos y los de la tercera clase no existen prelaciones, sino que unos y otros gozan de preferencia especial para ser pagados con los respectivos bienes determinados que los garantizan y que, por tanto, ambos deben concurrir proporcionalmente a enjugar el déficit de los créditos de la primera clase, que sí tienen prelación sobre ellos[14].

101. Prelación entre hipotecas.—Esta cuestión no se plantea cuando el deudor tiene varios bienes hipotecados separadamente a varios acreedores, porque entonces estos gozan de sus respectivas preferencias especiales sobre los bienes hipotecados en su favor. Tampoco surge problema al respecto cuando se trata de averiguar cómo concurren los bienes hipotecados a cubrir el déficit de los créditos de la primera clase, porque siendo los créditos hipotecarios de una misma jerarquía, todos ellos deben contribuir en proporción al valor de los bienes gravados (C. C., art. 2500).

Luego la cuestión surge cuando existen dos o más hipotecas sobre una misma finca, porque, entonces, la solución sería, o la de prorratear entre los acreedores el producto de la subasta del bien, o el establecer prelaciones entre ellos en razón de la antigüedad de las hipotecas. Pues bien, esta última es la solución legal: "A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores, o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción", declara el artículo 2499. Se precisa el alcance de este texto: como la hipoteca solamente queda constituida al registrarse la respectiva escritura y no al otorgarse esta, la prelación entre dos o más hipotecas se determina por el orden de su inscripción, sean las escrituras de una misma o de distintas fechas. Así, una hipoteca constituida por escritura posterior puede preferir a otra constituida por escritura anterior, si aquella se registra primero (C. C., art. 2435).

La cuarta clase

102. Créditos que comprende.—El artículo 2502 establece: "La cuarta clase de créditos comprende: 1º) los del fisco contra los recaudadores, adminis-

[14] Véase núm. 97 supra.

tradores y rematadores de rentas y bienes fiscales; 2º) los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos, y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas; 3º) los de las mujeres casadas por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de este; 4º) los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de este; 5º) los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores; 6º) los de todo pupilo, contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora en el caso del artículo 599".

Este texto legal ha sufrido modificaciones sustanciales que, para no incurrir en redundancia, puntualizaremos en sus oportunidades.

103. Créditos del fisco.—Ya quedó dicho que los créditos fiscales por concepto de impuestos devengados son de la clase primera (art. 2495, 6ª) y, por tanto, gozan de preferencia sobre todos los bienes del deudor y en relación con los créditos de las clases segunda, tercera y cuarta. Los créditos fiscales a que se refiere el ordinal 1º del artículo 2502, son los que tienen otra causa: la recaudación o administración por el deudor de rentas y bienes fiscales, y así estos créditos ya no son de primera, sino de cuarta clase y su privilegio solamente opera después de satisfechos los de las tres clases anteriores (art. 2506). Un ejemplo precisará la idea. Si un administrador de rentas nacionales debe los impuestos que a él le corresponde pagar por renta y patrimonio y, además, se le deduce un alcance en razón de su cargo de administrador, el primero de tales créditos fiscales es de primera clase y el segundo de cuarta.

A propósito de los créditos fiscales de que ahora se trata, cabe advertir que, como estos se originan en la administración de "rentas y bienes fiscales", expresión por la cual han de entenderse todos los bienes públicos, nacionales, departamentales y municipales, el privilegio comprende los créditos contra los administradores de los institutos o establecimientos descentralizados y las empresas industriales oficiales del Estado, de los departamentos o de los municipios. Así entendido el ordinal 1º del artículo 2502, sobra la referencia que el ordinal 2º hace a los bienes y rentas "del común de los corregimientos".

104. Los de los establecimientos de caridad o educación.—Para que este privilegio tenga lugar, se requiere que los establecimientos de que se trata sean "costeados con fondos públicos". Así, no cualquier establecimiento de educación o de asistencia social tiene preferencia sobre los bienes de sus administradores, sino solamente los que llenen el referido requisito.

105. Los de las mujeres casadas.—Hasta la vigencia de la ley 28 de 1932, la mujer casada, por el solo hecho de contraer matrimonio, perdía su capacidad general y, consiguientemente, la administración de sus bienes propios, la que

pasaba al marido, junto con la de los bienes de la sociedad conyugal. Suprimida por la mencionada ley la incapacidad de la mujer casada, y reconocida por la misma ley la igualdad de los cónyuges para administrar separadamente sus bienes propios y los adquiridos por cada cual durante el matrimonio, el numeral 3 del artículo 2502 quedó sin uso hasta que vino a ser derogado expresamente por el artículo 70 del decreto 2820 de 1974, que otorgó iguales derechos e impuso iguales obligaciones civiles a las mujeres y a los varones.

106. Los de los hijos de familia.—Como es sabido, por tales hijos se entiende los que están sujetos a la patria potestad. El Código Civil solamente le otorgaba esta potestad sobre sus hijos legítimos al padre, o sea que, a falta de este, excluía a la madre, quien solo podía tener la calidad de tutora o curadora de sus hijos. En la actualidad ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores no emancipados, legítimos o extramatrimoniales, ambos padres conjuntamente, según las reglas de los artículos 1º, 24 y 50 del decreto 2820 de 1974.

Por tanto, el privilegio que el ordinal 4º confiere al hijo de familia recae sobre los bienes de los padres, en razón de los bienes de aquel, que estos administren en ejercicio de la patria potestad.

107. Los de los pupilos en general.—Tienen estos también preferencia de cuarta clase sobre los bienes de su tutor o curador, en virtud de la administración que a este le compete respecto a los bienes de aquellos.

En este punto conviene recordar que como el tutor o curador, por regla general, debe prestar caución que puede consistir en fianza o hipoteca (arts. 464 a 466), el privilegio de que aquí se trata no perjudica dicha caución. Así, el pupilo, según el caso, puede demandar al fiador del guardador o ejercer su acción hipotecaria que tiene preferencia de tercera clase, y si hubiere déficit puede usar de su privilegio de la cuarta clase.

En relación con el caso de preferencia que se comenta se ha discutido si, frente a la redacción del ordinal 5º del artículo 2502, que habla de "las personas que están bajo tutela o curaduría", el privilegio que se concede sobre los bienes del tutor o curador solamente tiene cabida respecto de las guardas generales que cobijan los bienes y las personas de los individuos sometidos a ellas (art. 430), o si también dicho privilegio se aplica respecto de la curaduría del ausente, de la herencia yacente o del que está por nacer, las que, por cuanto no comprenden el cuidado de personas, se denominan curadurías de bienes (C. C., art. 433).

La doctrina chilena se ha inclinado por la primera de tales alternativas, fundándose para ello en la redacción legal y en argumentos de esta laya: "Por razones de interés público y a fin de que no haya bienes abandonados, la ley creó la curaduría de bienes, que no se ejerce sobre ninguna persona, porque esta no existe o es imposible probar que exista. En el caso de la curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, hasta el momento del nacimiento

la persona no existe. En el caso de la herencia yacente esta no es persona, sino una masa de bienes protegida con una curatela hasta que se presente el heredero a quien corresponda. En estos casos el curador no ejerce la curaduría sobre ninguna persona, sino sobre una masa de bienes a fin de evitar que se menoscaben"[15].

En nuestro sentir, la solución acertada es la contraria, o sea, la que considera que el privilegio sobre los bienes del guardador sí comprende los de los curadores de bienes. En repetidas ocasiones hemos insistido en que la filosofía del derecho rechaza la idea de que puedan existir relaciones jurídicas entre personas y cosas, sino que estas siempre han de darse entre personas. Por tanto, en la curaduría de bienes —así llamada en una época en que este concepto filosófico todavía no era bien conocido—, la razón de ser del privilegio no radica en evitar el menoscabo de una masa de bienes, sino en proteger a las personas que sobre tales bienes tengan derecho. No se trata de bienes de nadie (res nullius), sino de bienes vinculados a personas que no han ejercido sus derechos sobre aquellos o que no los han podido ejercer. Así, en la curaduría de los derechos del que está por nacer se protege al nasciturus, cuya personalidad reconoce el derecho desde Roma: el infante concebido se tiene por nacido en lo que a sus derechos convenga (infans conceptus pro nato tenetur quotiens de commodis eius agitur) (art. 93); en la curaduría del ausente se protegen los derechos del desaparecido, cuya existencia también se presume, "se mirará el desaparecimiento como mera ausencia" (art. 96); y en la curaduría de la herencia yacente se protegen los derechos de los herederos, que siempre los hay, y de los acreedores del difunto, hasta que los primeros, que ya son titulares del respectivo derecho real de herencia desde la muerte del causante (art. 1013), se presenten a aceptarlo (art. 96).

De suerte que toda guarda, tutela o curaduría, siempre mira a la protección de derechos de personas y no a la mera custodia de bienes sin dueño. En segundo término, el privilegio sobre los bienes del guardador no se confiere al beneficiado con él, en razón del cuidado que aquel deba prestarle a la persona de este, sino precisamente de la administración de los bienes que al guardador le confía la ley; luego resulta extravagante vincular el privilegio a ese cuidado personal que nada tiene que ver, desviándolo de su verdadero fundamento, cual es el de la administración de bienes de las personas a quienes la ley quiere, con razón o sin ella, amparar especialmente.

Respecto de la causal de preferencia consagrada por el ordinal 5º del artículo 2502, queda incluido el de la mujer casada, a quien ya no es aplicable el numeral 3, ibídem, determinado por la administración que de sus bienes ejercía el marido como atributo de su potestad marital. A partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, el marido ya no ejerce esa administración por derecho propio, sino que puede ejercerla como guardador de su mujer, cuando esta se encuentre afectada por una incapacidad general, como la minoridad, la demencia, la sordo-

[15] ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. IV, núm. 1184.

mudez o la interdicción judicial, las que son distintas de la abolida incapacidad determinada por el matrimonio.

108. Los de los pupilos por el matrimonio de su madre o abuela.—El ordinal 6º del artículo 2502, que se resentía de arcaísmo, fue derogado expresamente, lo mismo que el artículo 599, al cual se refería, por el artículo 70 del decreto 2820 de 1974.

Régimen de la cuarta clase

109. Preferencia general.—Así como los créditos de la primera clase, los de la cuarta gozan de preferencia general sobre todos los bienes del deudor, y no de una preferencia especial sobre ciertos y determinados bienes, como sí la tienen los créditos de las clases segunda y tercera (art. 2506).

110. Orden de prelación.—En lo que respecta a las tres primeras clases, dispone el artículo 2506 del Código Civil que las preferencias de los créditos de la cuarta clase "solo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases de cualquiera fecha que estos sean".

Esta redacción, que en verdad es inexacta, se ha prestado a la tesis de que el privilegio de los créditos de la cuarta clase solo entraría a funcionar después de estar totalmente pagados los créditos de las tres clases anteriores, en forma tal que si los pagos de estos consumen todos los bienes del deudor, los de la cuarta clase quedarían insolutos. Esta tesis es tan inexacta como la redacción del texto legal en que se funda, y podría conducir a hacer del todo nugatorio el privilegio de los créditos de la cuarta clase. En efecto, aplicándola a la letra se tendría, por ejemplo, que si los créditos de las clases segunda y tercera valen $ 100.000 y los bienes afectos a dichos créditos se venden por $ 50.000, el saldo insoluto de estos por valor de $ 50.000 debería ser pagado con los otros bienes del deudor, antes de satisfacer los créditos de la cuarta clase.

La solución es muy distinta. Preceptúa el artículo 2510: "Los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los bienes de la quinta clase, en los cuales concurrirán a prorrata". Quiere esto decir que, como los créditos de las clases segunda y tercera solo tienen una preferencia especial para ser pagados con el valor de los bienes determinados a ellos afectos, si el precio de la venta de tales bienes es, siguiendo nuestro ejemplo, de $ 50.000, el saldo insoluto de $ 50.000 ya no tiene preferencia, sino que pasa a la quinta clase; o sea, que si los otros bienes del deudor alcanzan a cubrir el valor de los créditos de las clases primera y cuarta, en su orden, estos deben ser satisfechos antes que el saldo insoluto o déficit de los créditos de las clases segunda y tercera[16].

[16] Ibídem, núm. 1194.

Ahora bien, concretando la cuestión de las preferencias a los créditos que forman la cuarta clase, se tiene que el Código Civil establece un régimen diferente al de la primera clase. Según ya se vio, entre los créditos de la primera clase el orden de prelación está determinado por el de su enumeración legal, cualesquiera que sean sus fechas (art. 2496). Por el contrario, entre los créditos de la cuarta clase la prelación sí depende de las fechas de sus causas. Tal es lo dispuesto por el artículo 2503: "Los créditos enumerados en el artículo precedente, prefieren indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas; es a saber: la fecha del nombramiento de administradores y recaudadores, o la del remate de los créditos de los números 1º y 20. La del respectivo matrimonio en los créditos de los números 3º y 6º. La del nacimiento del hijo en los del número 4º. La del discernimiento de la tutela o curatela en los del número 5º".

Las reglas propuestas por el texto transcrito explican suficientemente el orden de prelación entre las varias categorías de créditos que componen la cuarta clase. Pero tales reglas no contemplan el caso de concurrencia entre dos créditos de la misma categoría, v. gr.: entre un crédito del fisco nacional y otro del fisco municipal contra un mismo deudor que ha desempeñado el cargo de administrador de dichos fiscos, o entre los créditos contra los padres que han ejercido la patria potestad sobre dos o más de sus hijos, o entre los créditos a cargo del guardador que ha ejercido dos o más tutelas o curadurías.

Frente a esta situación, consideran algunos que los créditos de la cuarta clase que pertenezcan a una misma categoría concurren a prorrata[17]. En nuestro sentir, esta conclusión no se compadece con la regla que sienta el artículo 2503, conforme a la cual los créditos de la cuarta clase "prefieren indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas". Por consiguiente, si entre dos créditos de la misma categoría, las causas de sus preferencias son de fechas diferentes, como si al curador se le discierne sucesivamente la guarda de dos pupilos, entre estos hay prelación según las fechas de los discernimientos de la guarda. Por el contrario, si las dos curadurías disciernen el mismo día, entonces sí hay lugar al prorrateo entre los créditos de los dos pupilos, no porque se trate de un solo crédito[18], sino porque teniendo cada pupilo un crédito contra el curador, derivado de la administración por este de bienes propios de aquel, entre los créditos de esos pupilos ya no hay lugar a preferencia, por ser sus causas de una misma fecha.

111. Alcance de las preferencias de los hijos de familia y de los pupilos.—Dispone el artículo 2504: "Las preferencias de los números 3º, 4º, 5º y 6º se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos de familia, y personas en tutela o curaduría, y hayan entrado en poder del marido, padre,

[17] Ibídem, núm. 1196.

[18] Ibídem.

tutor o curador; y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta o permuta, u otros de igual autenticidad. Se extiende, así mismo, la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos de familia y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores, por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente".

Del examen del texto citado hay que excluir lo relativo a la mujer bajo potestad marital, porque, según ya quedó dicho, la causa de preferencia del ordinal 3º del artículo 2502 quedó sin uso al adquirir la mujer casada la capacidad para administrar sus bienes propios y los de la sociedad conyugal adquiridos por ella durante el matrimonio. Por tanto, las reglas del mencionado artículo 2504 solo son pertinentes a la mujer casada en cuanto ella esté sometida a la guarda del marido a causa de una incapacidad legal diferente de la generada por el matrimonio.

Con la antedicha salvedad, el artículo 2504 sirve para fijar el alcance del privilegio otorgado a los hijos bajo potestad y a los pupilos. Afirmado está ya que, conforme al artículo 2506, los créditos de la cuarta clase gozan de una preferencia general, es decir, que recaen sobre todos los bienes del deudor que ha ejercido la patria potestad o la guarda del acreedor. Entonces, nuestro tema actual tocante al alcance que trata de fijar el artículo 2504, se reduce a determinar qué derechos se pretende proteger con privilegio.

Lo primero que cabe observar es que el mencionado artículo comienza por incurrir en impropiedad y hasta en contradicción con el artículo 2489, al expresar que las preferencias de que se trata "se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos... que pertenezcan a los respectivos hijos de familia y personas en tutela o curaduría... y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos...".

En efecto, si se trata de "... especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños...", reza el artículo 2489. Como consecuencia, si en poder del deudor se encuentran especies identificables, vale decir, cuerpos ciertos que pertenezcan al hijo o al pupilo, sean inmuebles o muebles, cuyo dominio pueda establecerse con prueba idónea, la protección de tales bienes no se realiza mediante la calificación del dueño, como un acreedor privilegiado de la cuarta clase, según equivocadamente lo insinúa el artículo 2504, sino con el reconocimiento de su derecho real que lo faculta para excluir su bien del concurso de acreedores, como lo declara el artículo 2489.

Pero como, además de las especies identificables, el deudor ha podido recibir otros bienes del hijo o del pupilo, tales como dinero u otras cosas de género que deba restituir, entonces sí el hijo o el pupilo tiene privilegio para el

pago del valor de estos bienes no identificables, a condición de que el derecho respectivo se establezca por inventario solemne, testamento, etc.

De otro lado, quien ejerce la patria potestad o la guarda no solamente responde de los bienes que ha recibido del hijo o del pupilo, sino también de la administración dolosa o culposa de tales bienes. De ahí que el artículo 2504 extienda el privilegio a las acciones del hijo o del pupilo por la indebida administración de esos bienes.

112. La transferencia de bienes del deudor.—Incurriendo en la misma impropiedad ya apuntada del artículo 2496, el 2506 expresa que las preferencias de los créditos de la cuarta clase "no dan derecho contra terceros poseedores". Ya se dijo que es obvio que el derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor solo comprende los bienes que lo componen, pero no los que ya han sido válidamente transferidos a terceros. Así mismo, se dijo que la transmisión por causa de muerte no queda comprendida por esta regla inocua, como redundantemente y con redacción inadecuada lo dice el inciso 2º del artículo 2507, en el que se confunden los créditos de la cuarta clase con los bienes sobre que se pueden hacer efectivos.

113. Reglas especiales sobre pruebas.—Según el artículo 2504 ya transcrito, para que el hijo o el pupilo gocen de la preferencia de los créditos de la cuarta clase, por concepto de sus bienes que el padre, madre o guardador hayan recibido en administración y que no puedan ser excluidos del proceso contra el deudor, por no ser especies identificables, se requiere que el derecho sobre tales bienes se acredite por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras de donación, venta o permuta, u otras de igual autenticidad. Además, el artículo 67 del decreto 2820 de 1974 excluye el valor probatorio contra los acreedores de la confesión del padre, de la madre, del tutor o del curador fallidos. Como se ve, estas restricciones en cuanto a la prueba de los créditos de la cuarta clase, se enderezan a proteger a los acreedores de la quinta clase que no tienen privilegio alguno y que podrían resultar defraudados por la exclusión, mediante pruebas acomodaticias, de bienes del deudor, que ellos tienen derecho a perseguir.

La quinta clase

114. Créditos que comprende.—Son los que no quedan incluidos en ninguna de las cuatro clases que hasta aquí hemos examinado y que, según los artículos 2508 y 2509, no gozan de preferencia alguna. Son estos créditos de la quinta clase los denominados comunes, o batistas, o quirografarios, y que solamente se hacen efectivos sobre el remanente de los bienes del deudor, después de pagados los créditos de la primera clase, satisfechos los de la segunda y la tercera clases, hasta concurrencia de los bienes afectos a ellos, y pagados los de la cuarta clase.

Régimen de la quinta clase

115. El principio.—Como los créditos de la quinta clase tienen que ceder el paso a los créditos de las cuatro clases anteriores, aquellos se hacen efectivos sobre el remanente de los bienes del deudor, ya sea para ser satisfechos totalmente si este sobrante alcanza para ello, o de no alcanzar, a prorrata de sus valores. Así, existiendo dos créditos de esta clase, uno por $ 100.000 y otro por $ 50.000, si el sobrante es de $ 90.000, el primero recibirá $ 60.000 y el segundo $ 30.000. Tal es lo preceptuado por el artículo 2509, que es de este tenor: "La quinta y última clase comprende los bienes [léase créditos] que no gozan de preferencia. Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha".

116. Orden de prelación.—Entre los créditos de la quinta clase no existe preferencia alguna, ni siquiera en razón de sus fechas, a términos del artículo 2509.

Con este principio, el Código Civil acertadamente suprimió la diferencia que, en razón de sus pruebas, establecía la legislación española, que daba preferencia a los créditos que constaban en instrumentos públicos, por prestarles a estos mayor fe en cuanto a su autenticidad. Considerando que la prelación de créditos debe fundarse en la naturaleza de estos, vale decir, en motivos de índole sustancial y no probatoria, el Código rechazó esa diferenciación.

Pero el artículo 36 de la ley 57 de 1887 revivió la solución española, así: "En caso de prelación de créditos, la tendrán los instrumentos públicos sobre los instrumentos privados; y cuando estos hayan sido registrados, o reconocidos judicialmente, o protocolizados, o figurado en juicio, tendrán preferencia sobre los demás documentos privados a contar desde la fecha del registro, de la protocolización o del reconocimiento".

Este texto, semillero de numerosas dudas y errores, afortunadamente fue derogado por la ley 105 de 1913, así: "Derógase el artículo 36 de la ley 57 de 1887. En consecuencia, no hay otras clases de prelación que las establecidas en el título cuarenta del libro cuarto del Código Civil".

Por tanto, entre los créditos de la quinta clase, de los cuales forma parte el déficit de los de las clases segunda y tercera, o sea, el saldo de ellos que no alcance a cubrir el valor de los bienes a ellos afectos, no existe prelación alguna en razón de sus causas, ni de sus fechas, ni de sus pruebas. Todos ellos concurren por igual sobre el remanente de los bienes del deudor, una vez satisfechos los créditos de las clases preferentes, según los medios indicados por la ley para el efecto (art. 2510).

SECCIÓN SEGUNDA

LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Introducción

LA UBICACIÓN DEL TEMA

117. Precisión.—La indemnización de perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación y que, al lado de la ejecución coactiva de dicha obligación, constituye el segundo de los derechos principales de aquel, se ubica en el campo de la responsabilidad civil.

Esta responsabilidad se funda en el máximo postulado del derecho, cual es el de no perjudicar a otro injustamente (neminem laedere) y que se traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad del agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados.

Tiénese, por tanto, que el fundamento de equidad en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil es uno mismo, bien sea que se trate de sancionar el hecho ilícito que se ofrece cuando una persona dolosamente o por negligencia perjudica el derecho ajeno, sin estar particularmente obligada a satisfacerlo, o bien, cuando estándolo, no ejecuta la prestación a su cargo destinada a la satisfacción de tal derecho.

118. Errores doctrinarios.—Pese a lo dicho, la doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores diferentes y que supuestamente estarían sometidos a un régimen jurídico también diverso. El de la responsabilidad extracontractual o aquiliana (de la lex Aquilia) y el de la responsabilidad contractual. Trataríase de la primera cuando ella se deduce a consecuencia de una conducta ilícita, dolosa o culposa, sin que el agente esté vinculado a la víctima del daño por una obligación concreta, como cuando a esta se le infieren lesiones con violación del principio general que impone el respeto a la integri-

dad personal ajena. La segunda se presentaría cuando se daña al acreedor por el incumplimiento de una obligación concreta a cargo del deudor, como la de pagarle una suma de dinero dada en mutuo. Este solo planteamiento ya revela la inexactitud de la distinción, pues la expresión responsabilidad contractual parece reducir los principios y reglas que sancionan el incumplimiento de las obligaciones propiamente dichas, vínculos concretos entre personas determinadas, a las que emanan de un contrato, siendo así que estas pueden nacer de fuentes diversas, como del acto jurídico unipersonal, del enriquecimiento sin causa, y aun del hecho ilícito violatorio del ya mencionado deber general de prudencia y cuidado que pesa sobre todo el mundo en aras de la convivencia social.

119. Errores legislativos.—Inspirados en esta dicotomía doctrinaria, el Código Civil francés y el nuestro han parcelado los principios y reglas de la responsabilidad. Así, este último consagra a esta institución los títulos xii y xxiv del libro 4º, respectivamente denominados: "Del efecto de las obligaciones" y "De la responsabilidad común por los delitos y las culpas", cual si se tratase de dos instituciones autónomas y dispares.

Y, por causa del apuntado defecto técnico del Código, nuestra jurisprudencia, sin mayor análisis, viene afirmando que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones (mal llamada contractual) se rige por las reglas del título xii, al paso que la aquiliana (llamada extracontractual) se gobierna por la preceptiva del título xxxiv[1], cuando lo cierto es que en ambos títulos se encuentran normas aplicables indistintamente en toda hipótesis de responsabilidad y, desde luego, otras que sí son privativas de las variadas situaciones fácticas que sirven de presupuesto a dicha responsabilidad. Así, por ejemplo, resultaría extravagante afirmar que a la responsabilidad aquiliana, o sea, a la no fundada en el quebranto de una obligación concreta preexistente entre el agente del hecho ilícito y la víctima de este, no le serían aplicables, por estar contenidas en el título xii, reglas como las siguientes: la exoneración de responsabilidad por el caso fortuito (art. 1604); la apreciación del daño emergente y del lucro cesante causados por el hecho ilícito (arts. 1613 y 1614); la exclusión de los perjuicios indirectos, es decir, de los no causados directamente por el hecho ilícito (art. 1616). A la inversa, mal podría excluirse de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones la regla tocante a la apreciación de la culpa del acreedor para la determinación del quantum de la indemnización (art. 2357), o las que atribuyen responsabilidad por los hechos de los dependientes (art. 2347) o mandatarios, como cuando el deudor diputa a otro para el pago.

Desde luego, pueden ofrecerse, y efectivamente se ofrecen, reglas diferentes relativas a situaciones aun análogas, según se trate de la responsabilidad aquiliana o de la proveniente del incumplimiento de las obligaciones. Por ejemplo, en punto de la primera, cualquier culpa, aun la levísima, compromete al agente

[1] Sic. Casación, 21 de febrero de 1947, "G. J.", t. lxi, 770.

(in lege Aquilia et levissima culpa venit) (art. 2341), al paso que en la segunda, por un vicio de interpretación del derecho romano, se establecen tres grados en la culpa como criterios para medir la responsabilidad del deudor, según la utilidad que reporte del contrato (art. 1604).

120. Conclusión.—En suma: el tema de la indemnización de los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de una obligación, se ubica en el campo general de la responsabilidad civil que sanciona las conductas ilícitas, dolosas o culposas, y, salvo el caso de reglas especiales, no siempre afortunadas, se gobierna por los principios de dicha institución general. Esta precisión debe tenerse presente para evitar errores ocasionados por el empleo de terminologías impropias, como la de "responsabilidad contractual" y por defectos técnicos como el que ofrece nuestro Código Civil al parcelar el tratado de la responsabilidad.

Capítulo I

CONCEPTO Y GENERALIDADES

121. Concepto.—El deudor debe cumplir su obligación de modo perfecto y oportunamente, y en caso de inejecución total o parcial de ella, o de ejecución imperfecta o retardada, imputables a aquel, debe indemnizar al acreedor los perjuicios que le haya irrogado.

Aunque el Código Civil no lo diga expresamente, la indemnización de perjuicios consiste, por regla general, en el pago de una suma de dinero que, se supone, habrá de satisfacer al acreedor agraviado[1]. Decimos que esta es la regla general, comoquiera que los contratantes bien pueden estipular, en uso de su autonomía de la voluntad, que dicha indemnización de perjuicios se pague, dando cosa que no sea dinero, o ejecutando o dejando de ejecutar un hecho (art. 1592).

122. Clasificación general de la indemnización de perjuicios.—Como el acreedor puede sufrir daño por la falta de ejecución de la prestación debida, o por ejecución defectuosa, o por el solo retardo de ella, impónese la distinción tradicional entre la indemnización compensatoria y la moratoria.

123. La indemnización compensatoria.—Hay inejecución total o parcial de la obligación cuando el deudor nada le paga al acreedor o cuando solo le paga parte de lo que le debe, respectivamente. La ejecución imperfecta resulta, no ya de una comparación cuantitativa, sino cualitativa entre la prestación debida y lo hecho por el deudor so pretexto de cumplirla, v. gr., cuando el vendedor entrega la vaca enferma o el edificio inconsistente, debiendo entregar un semoviente sano o una construcción sólida, respectivamente.

Pues bien, en las precitadas hipótesis, el acreedor tiene derecho a una indemnización de perjuicios que se denomina compensatoria, porque reemplaza o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente. Decimos que esto es así, en primer término, porque el acreedor tiene derecho, además, a ser indemnizado de todos los daños que indebidamente se le hayan irrogado, aun-

[1] Inspirado en esta regla general, el Código de Procedimiento Civil siempre se refiere a dinero, cuando en sus arts. 495 y ss. reglamenta la ejecución coactiva de la obligación de indemnizar los perjuicios resultantes del incuplimiento o retardo de otras obligaciones principales.

que el valor de estos sobrepase al de la prestación debida. Ejemplo clásico es el ofrecido por POTHIER: quien vende una vaca enferma que contamina a otros animales del comprador, ocasionándoles la muerte, está obligado a pagar el valor de estos otros semovientes y no solo el de la vaca vendida.

124. LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA ES SUCEDÁNEA.—De lo ya dicho se infiere que esta especie de indemnización es subsidiaria de la obligación principal, es decir aquella reemplaza la prestación que es objeto de esta. Por tanto, el acreedor no puede exigir, a la vez, el cumplimiento de la obligación insoluta en todo o en parte, y la indemnización compensatoria, porque ello equivaldría a pretender el doble pago de una misma obligación.

Pero la comentada característica de la indemnización de que se trata no implica, contra lo que algunos opinan, que esta no pueda ser exigida por el acreedor, mientras no se haya establecido que el cumplimiento de la obligación principal se ha hecho imposible o que su inejecución es definitiva[2]. En nuestro ordenamiento civil no es necesario, para deducir la responsabilidad del deudor culpable, averiguar la posibilidad que este tenga de cumplir en el futuro o de corregir lo que haya ejecutado mal, sino que simplemente basta que dicho deudor esté constituido en mora. La alternativa entre estas dos acciones —dicen aquellos—, la de cumplimiento y la indemnizatoria, se reconoce expresamente por la ley al acreedor de obligaciones de hacer y no hacer (C. C., arts. 1610 y 1612), pero no al de otras clases de obligaciones (serían las de dar), lo que lleva a pensar que la referida opción es excepcional y, por ende, de eficacia restringida. Pero este argumento, a más de empírico, está categóricamente desvirtuado por el artículo 1615 del Código Civil, que sí es de alcance general y que sienta la regla de que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención. De suerte que si se trata de obligación positiva (de dar o de hacer), basta que el deudor esté en mora para que el acreedor pueda optar por la indemnización, sin que sea necesario averiguar si el incumplimiento es definitivo o no y si dicho acreedor todavía podría obtener la satisfacción de su derecho por la vía de la ejecución coactiva de la obligación. También corrobora esta solución legal el artículo 1546, que consagra regla pertinente a los contratos bilaterales, conforme a la cual en caso de incumplimiento de una las partes, la otra que hubiere cumplido o allanándose a cumplir (art. 1609), puede ejercer alternativamente la acción de cumplimiento o la de resolución del contrato, en ambos casos con la de indemnización de perjuicios. Lo dicho resulta también indiscutible a la luz del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, atinente al procedimiento ejecutivo de las obligaciones positivas y que autoriza al acreedor para pedir, desde un principio, el pago de perjuicios por incumplimiento de aquellas.

[2] RICARDO URIBE H., El caso fortuito y la inculpabilidad en la no ejecución de las obligaciones contractuales, Bogotá, Edit. Antena, S. A., 1943, núm. 34, págs. 101, 102 y 103.

Respecto de las obligaciones negativas (de no hacer) la solución del citado artículo 1615 es y tiene que ser diferente, porque en estas la mora y aun el simple retardo son inconcebibles: mientras el deudor no realiza el hecho prohibido está cumpliendo, y si lo ejecuta, ipso facto deja de cumplir su obligación, sin que entonces se pueda hablar de retardo o de mora.

125. La indemnización moratoria.—Se dice que la indemnización es de esta clase cuando corresponde únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora, esto es, por el retardo culpable del deudor. Por tanto, en el cómputo del valor de esta indemnización no entra el de la prestación debida, sino que aquel se reduce a la estimación del daño que haya experimentado el acreedor por no habérsele satisfecho su crédito oportunamente.

126. La indemnización moratoria es complementaria.—Compréndese, habida cuenta del concepto de la indemnización moratoria, que esta no sustituye la obligación principal ni es incompatible con ella, es decir, que la acción de cumplimiento de esta y la indemnización por la mora pueden acumularse (C. C., arts. 1546, 1610, 1617, etc.; C. de P. C., arts. 491, 493 y 495).

127. El cúmulo de las indemnizaciones.—EL referido carácter complementario de la indemnización moratoria no solamente se predica respecto de la obligación principal, sino también en cuanto a la indemnización compensatoria. El acreedor debe ser satisfecho o quedar ileso; en consecuencia, se le deben resarcir no solamente los daños irrogados por la inejecución total o parcial de la obligación principal, o por su ejecución defectuosa, sino también los que haya sufrido por el retardo en el cumplimiento de dicha obligación y hasta el pago de la indemnización compensatoria que la reemplaza. De ahí que el artículo 1610 del Código Civil exprese que "si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora... que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato"; y que el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil preceptúe, por vía general, que "el acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero.

"Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios, en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo, deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior...".

Capítulo II

LOS REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

128. Enumeración.—Para que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada, dé al acreedor el correspondiente derecho a la indemnización de perjuicios, se requiere:

1º) que el incumplimiento sea imputable al deudor;

2º) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento, y

3º) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora.

A continuación estudiaremos por separado los enunciados requisitos, comenzando por el último para la mejor comprensión del tema en cuestión.

I. La mora debitoria

129. Concepto.—Idiomáticamente, las expresiones mora y retardo son sinónimos; pero jurídicamente, la noción de la primera es más compleja que la segunda, porque aquella estructura una institución que apareja consecuencias diferentes y más importantes que las del simple retardo. En principio, el deudor tiene que cumplir su obligación cuando esta se hace exigible: si es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento de este; y si es condicional, al cumplirse la condición. Ahora bien, si el deudor no realiza la prestación debida en la respectiva oportunidad, incurre en retardo y da lugar a la acción ejecutiva del acreedor, siempre que este se encuentre provisto de un título que reúna las condiciones de fondo y de forma requeridas por las normas procesales (C. de P. C., art. 488). A falta de dicho título, el acreedor tiene que obtener, por la vía del juicio ordinario, el decreto o sentencia de cumplimiento contra el deudor. Pero el simple hecho del retardo en el pago no basta para que el deudor quede constituido en mora. Es además necesario, y en principio, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación.

Con fundamento en las anteriores premisas, podemos definir la mora debitoria, diciendo que es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvención de parte del acreedor.

130. Elementos de la mora.—Son los que claramente se destacan en la definición propuesta: el retardo, la culpa y la reconvención.

131. a) El retardo.—Consiste, según se dijo, en que el deudor retrase la ejecución de la prestación debida después del momento en que esta se hace exigible.

El retardo es requisito esencial de la mora y, por consiguiente, no existe esta donde aquel no se da. Así, el deudor no está en mora de cumplir obligación positiva (de dar o de hacer), a plazo o condicional, mientras esté pendiente el plazo o la condición, porque el retardo solo comienza con el vencimiento de aquel o con el cumplimiento de esta. Tampoco existe mora debitoria respecto de las obligaciones negativas, en cuya satisfacción no puede existir retardo, porque en tanto el deudor se abstenga del hecho prohibido está cumpliendo y cuando lo realiza deja de cumplir, sin que se pueda hablar de retardo. Así se explica por qué la ley nunca habla de mora, refiriéndose a esta especie de obligaciones (C. C., arts. 1612 y 1615).

132. b) La culpa.—No es el caso de hacer aquí un examen pormenorizado de este elemento, porque en el apartado II de este mismo capítulo tendremos necesidad de enfocarlo como factor constante de toda responsabilidad. Por ahora basta recordar tan solo que el derecho romano y, en general, el derecho latino, han considerado uniformemente la mora debitoria como una especie de omisión dolosa o culposa, dándole así cariz esencialmente subjetivo. El derecho germánico ha llegado, por el contrario, a equiparar en ciertos casos los conceptos de la mora y el retardo. De suerte que, en tal sistema, el solo retardo, aun inculpable del deudor, denominado mora objetiva, puede conducir a la indemnización de perjuicios[1].

Nuestro Código Civil se ciñe a la tradición latina y, en consecuencia, no acepta la mora objetiva: si el retardo proviene de un caso fortuito, o sea, de un hecho imprevisto a que el deudor no puede resistir, no hay mora ni se producen los efectos de esta. Tal es lo que impropiamente quiere significar el artículo 1616, a cuyo tenor "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios", cuando ha debido decir mejor que "el retardo producido por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".

133. c) La reconvención.—Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que este, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvención, exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entonces

[1] Von Tuhr, Tratado de las obligaciones, t. II, pág. 116.

se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo; su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvención indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole perjuicios que, de continuar, comprometerán la responsabilidad de este[2].

134. Forma de la reconvención.—El artículo 1608, ordinal 3º, del Código Civil exige la reconvención judicial del deudor para que quede constituido en mora. No basta, pues, el requerimiento extrajudicial, por enérgico que sea: no son suficientes, por ejemplo, el envío de una carta certificada ni un reclamo verbal ante testigos, etc. La intervención judicial en la reconvención del deudor es en nuestra legislación solemnidad del acto, sin la cual este carece de eficacia.

Creemos que en este punto nuestro Código resulta en exceso formalista, porque razonablemente no se ve la necesidad de hacer intervenir al juez en el acto de constitución en mora del deudor, con todos los inconvenientes, expensas y dilaciones que apareja dicha intervención, especialmente en aquellos casos que el deudor esté ausente o se oculte para eludir el requerimiento. Sin embargo, las graves consecuencias que trae consigo la mora debitoria tampoco justifican como lo hace, por ejemplo, el sistema alemán, dejar la forma del requerimiento al arbitrio del acreedor. La conveniencia se inclina a una posición intermedia: se podrían reconocer ciertas formas efectivas y seguras, como la reconvención por carta certificada y otras similares que, sin ofrecer peligro, obviarán los defectos de la reconvención judicial.

No sobra agregar en este punto que el decreto 2282 de 1989, reforma del Código de Procedimiento Civil, zanjó una antigua polémica doctrinaria y jurisprudencial, al disponer en el párrafo segundo del artículo 90 de dicha obra que "la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes".

135. Necesidad de la reconvención.—En principio, la reconvención formal es requisito indispensable para la constitución en mora del deudor, lo que claramente se infiere del artículo 1608, que, aparte de enunciar en sus ordinales primero y segundo dos casos especiales en que ella se estima superflua, o legalmente se presume hecha, según dicen algunos, sienta regla general en su ordinal tercero al expresar que "en los demás casos el deudor está en mora cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

[2] "Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit", en Digesto, 122, tít. I, frag. 32 prin.

136. Excepciones a la reconvención.—Los mencionados casos especiales o excepcionales que contempla el citado artículo se refieren: el primero a la hipótesis de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación, y el segundo a la de que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar.

137. 1ª) Estipulación de plazo.—Si entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvención, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas, tales como la alemana, la italiana, etcétera. Por el contrario, en el Código francés y otros se establece para todos los casos la necesidad de reconvenir al deudor, aunque se permite a los contratantes renunciar expresamente a este requisito, insertando en el contrato la cláusula dies interpellat pro homine.

Pero, para evitar error muy frecuente, importa tener en cuenta que este principio no se aplica en el derecho colombiano a cualesquiera obligaciones a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen de un contrato, como claramente lo expresa el artículo 1608, ordinal 1º, al hablar del término estipulado. En consecuencia, si la obligación a plazo es extracontractual, v. gr., si proviene de un testamento, le es aplicable el ordinal 3º del propio artículo, que preceptúa la reconvención judicial. La razón de ser de esta restricción es clara: dicho está que el principio dies interpellat pro homine se funda en la presunción de que el deudor queda advertido desde la celebración del contrato de que debe cumplir su obligación a más tardar al vencimiento del plazo que él mismo ha convenido; y, como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado, como lo es el testamento de su causante, que le impone la carga de pagar un legado.

Por último, también será necesaria la reconvención para constituir en mora al deudor de obligación a plazo, a pesar de que este haya sido estipulado por aquel, cuando la ley así lo dispone en casos especiales. Por ejemplo, conforme al artículo 2007 del Código, para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, es necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio.

138. 2ª) La preclusión de la oportunidad.—Según queda dicho, la reconvención al deudor tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación,

so pena de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que le ocasione al acreedor. Pero tal requisito se hace innecesario, y, por ello, la ley prescinde de él cuando la prestación no ha podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir (art. 1608, ord. 2º). Por ejemplo, se arrienda casa destinada a negocio de hotel por el término de un año, y el arrendador se obliga a realizar ciertas obras necesarias para adaptar el inmueble al objeto del arrendamiento. Claro que si el arrendador deja pasar el año del contrato sin hacer las obras estipuladas, debe indemnizar al arrendatario de los perjuicios causados, y, entonces, sobraría la reconvención por este, porque, vencido el contrato, el cumplimiento por el arrendador ya carecería de interés para el arrendatario. Otro ejemplo: una actriz se obliga a representar en el estreno de una obra teatral e incumple su obligación. Habiendo pasado ya la fecha del estreno, sería un exabrupto exigirle al empresario que reconviniera a la actriz para que representara en dicha oportunidad pretérita, antes de poder pedir la indemnización de los perjuicios irrogados por el incumplimiento. De suerte que en la hipótesis en cuestión el Código Civil establece que el deudor queda constituido en mora sin necesidad de reconvención.

139. 3ª) La imposibilidad de cumplir y la renuencia expresa del deudor. Con fundamento en los presupuestos de esta última excepción, que también se encuentra consagrada por el Código de Napoleón, la doctrina y la jurisprudencia francesas han decidido que la constitución en mora del deudor tampoco es necesaria cuando el incumplimiento es definitivo, bien sea porque la prestación se haya hecho imposible, o bien porque el deudor se haya negado expresamente a ejecutarla. Por ejemplo, si este tiene que entregar un caballo en cierta fecha y antes lo deja perecer de hambre, no hay razón para esperar al vencimiento del plazo ni para reconvenir al deudor a fin de que verifique una entrega imposible, para luego poderle exigir la indemnización de los perjuicios que le haya irrogado a su acreedor. De la propia manera, es superfluo el requerimiento al deudor que formalmente, vale decir, de modo expreso e inequívoco, ha declarado no estar dispuesto a cumplir[3]. A nuestro modo de ver, esta solución impuesta por la lógica y fundada en los principios que gobiernan la institución de la mora es de recibo en el derecho colombiano.

140. Necesidad de la mora para la indemnización de perjuicios.—Con el alcance anteriormente señalado ha de entenderse el artículo 1615 del Código Civil, que preceptúa que la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

[3] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 227, págs. 87 y ss.; Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1932, núm. 621.

II. La imputabilidad del incumplimiento

141. Precisión.—La inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de la obligación, puede provenir: 1º) de la mala fe o dolo del deudor; 2º) de la culpa de este, es decir, de su negligencia o descuido; 3º) de un hecho imprevisible e irresistible que haya colocado al deudor en la imposibilidad definitiva o temporal de cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos, y 4º) de la culpa exclusiva del acreedor. Solamente en los dos primeros casos el deudor es responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor, por serle imputable a aquel el incumplimiento que los ocasiona. En el tercer caso no hay lugar a indemnización de perjuicios: un hecho que el deudor no ha podido prever y que supera su buena voluntad de cumplir, lo libera de toda responsabilidad; y en el cuarto, la culpa exclusiva del acreedor produce este efecto exonerante, y si es concurrente con la culpa del deudor, puede disminuir la responsabilidad de este y, consiguientemente, el monto de la obligación indemnizatoria.

A. La imputabilidad por el dolo

142. Concepto.—Si el deudor intencionadamente deja de ejecutar en todo o en parte la prestación debida, o la ejecuta imperfecta o tardíamente, incurre en dolo, que es la más grave de las faltas que se pueden cometer contra derecho, y, por ende, la que apareja las sanciones más severas (malitiis non est indulgendum). En el campo de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, el deudor convicto de dolo debe indemnizarle al acreedor todos los perjuicios que le haya irrogado, y no solamente los previstos, sino también los imprevistos que sean consecuencia directa de dicho incumplimiento (art. 1616).

B. La imputabilidad por la culpa

143. Concepto.—Como se desprende de lo últimamente dicho, los actos jurídicos y las obligaciones, en general, deben ser cumplidos de buena fe, esto es, lealmente, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedecen. Mas esto no es suficiente. A las buenas intenciones hay que agregar algo más: prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad puede frustrarse no solo porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, por torpeza, negligencia o descuido. Por tanto, los actos jurídicos y las obligaciones exigen rectitud u honestidad en la intención y, además, requieren prudencia, diligencia y cuidado en su ejecución. Tales son los principios generales al respecto.

144. La valoración de la culpa.—Pero ¿cómo determinar en cada caso particular el grado de prudencia y diligencia que está obligado a prestar el

deudor? Porque es indudable que los hombres suelen comportarse de manera diversa en la realización de sus actividades y en la gestión de sus negocios. Así, algunos son exageradamente prudentes y meticulosos; otros son torpes y perezosos; y, en fin, otros son ordinariamente atentos y cuidadosos: emplean normalmente su inteligencia y su voluntad sin incurrir en excesos ni deficiencias. Surge de aquí un delicadísimo problema que ha preocupado a los juristas de todas las épocas, a saber: ¿cuál es el mejor criterio para medir y determinar el grado de prudencia y diligencia que debe prestar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones? ¿Será conveniente emplear para este efecto un criterio subjetivo, vale decir, concreto, según el cual cada persona debe obrar de acuerdo con su idiosincrasia y hábitos de conducta? O, por el contrario, ¿será preferible el empleo de un criterio objetivo y abstracto fundado en la comparación de la conducta del deudor con la que en análogas circunstancias observaría cierto tipo ideal, v. gr., el del hombre normalmente atento y cuidadoso? La elección del criterio en cuestión es de importancia capital y constituye la materia propia del intrincado y controvertido problema que se ha denominado tradicionalmente "de la prestación de la culpa", cuyo desarrollo histórico describiremos a continuación.

145. El derecho romano.—El sistema del imperio, en el cual las instituciones atañederas a la responsabilidad alcanzaron su máxima complicación, distinguía entre el dolo (dolus), la culpa grave (culpa lata) y la culpa leve (culpa levis, culpa levior). Todo deudor respondía del dolo, es decir, de la intención o propósito deliberado de incumplir. Pero en cuanto a la culpa, había que distinguir según el acto o la obligación concreta de que se tratara. Así, en el depósito y el precario, la responsabilidad del deudor solamente quedaba comprometida, aparte del dolo, por su culpa lata, que consistía en no entender lo que todos entienden, vale decir, en una falta de cuidado tan torpe y grosera que sería inexcusable en cualquier persona (culpa lata est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt), por lo cual esta culpa era asimilada al dolo (culpa lata et dolo proxima). En todos los demás actos y obligaciones, como la compraventa, la locación, la sociedad, la conservación y restitución de la dote, la gestión de la comunidad, la agencia oficiosa, etc., el deudor respondía hasta de la culpa leve. Pero la apreciación de esta especie de culpa también variaba según los casos, pues las más veces se comparaba al deudor con un administrador irreprochable, prudente, diligente y cuidadoso (bonus pater familias, bonus vir), tipo ideal y abstracto, al paso que en otros dicho deudor era comparado consigo mismo, exigiéndosele, entonces, que cumpliera su obligación con la diligencia que solía emplear ordinariamente en sus propios negocios (praestare talem diligentiam quam suis). El primero de tales criterios de apreciación de la culpa leve sirvió a los intérpretes posteriores para crear la expresión culpa levis in abstracto que no se encuentra en los textos romanos, pero que indica satisfactoriamente ese criterio general de apreciación. El segundo criterio, que también dio origen

a la expresión culpa levis in concreto, únicamente se aplicaba por excepción para medir la responsabilidad del tutor, del socio, del comunero y del marido obligado a restituir la dote, casos en los cuales el deudor tenía derechos sobre la cosa, por lo que solo se le exigía el mismo cuidado que ordinariamente solía prestar a sus propias cosas (talem diligentiam quam suis).

Importa declarar que el Digesto no emplea la expresión culpa levissima, equivalente al descuido levísimo o muy ligero, en punto de la responsabilidad contractual, sino que la usa por una sola vez en relación con la responsabilidad delictiva o aquiliana[4].

146. El derecho medieval.—Los antiguos intérpretes del derecho romano, a partir de Accursius (siglo xiii), incurriendo en ese vicio de interpretación de los textos tan frecuente en ellos y que consistía en elaborar sutiles teorías generales con base en reglas concretas o en frases aisladas y de alcance limitado, desnaturalizaron y falsearon el sistema romano sobre la prestación de la culpa por dos aspectos, a saber:

1º) En primer lugar, supusieron, contra la realidad, que los jurisconsultos romanos habían distinguido tres clases de culpa en la ejecución de los contratos y obligaciones: la culpa lata o descuido grave, inexcusable en cualquier persona; la culpa levis, que implicaba una negligencia o descuido que no cometería un hombre prudente en la gestión de sus negocios (culpa levis in abstracto), o que no cometería el deudor en sus propios negocios (culpa levis in concreto), y la culpa levissima, equivalente al descuido más ligero, a la negligencia en que no incurriría un hombre muy exacto y diligente, y

2º) En segundo lugar, para determinar el grado de diligencia que el deudor debía prestar en cada caso, dichos intérpretes emplearon un criterio que tampoco tuvo nunca alcance general en el sistema romano, cual era el de la utilidad que cada contrato reportara a las partes. Así, en los contratos que fueran útiles únicamente para el acreedor, como el depósito, se supuso que el deudor solo debía responder de su culpa lata o grave; en los contratos celebrados para utilidad recíproca de las partes, como la compraventa, estas debían responder hasta de su culpa leve; y, en fin, en los contratos que solamente interesaban al deudor, como el comodato, su responsabilidad iba hasta la culpa levísima.

Tal fue la "teoría de la prestación de las tres culpas" que dominó hasta el siglo xvii y que profesaron todos los grandes intérpretes del derecho romano, como Accursius, Alciate, Bartolus, Cujacius, Duarenus, Avezan, Vinnius, Heinneccius, Faber, etc.[5].

[4] In lege Aquilia et levissima culpa venit, i, 44, t. ii, Ad legem Aquileam, libro 9.

[5] Luis Claro Solar, Explicaciones de derecho civil chileno, t. xi, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1937, núms. 1051 y 1060, págs. 502, 503, 515 y 516; Ricardo Uribe, ob. cit., núm. 6, págs. 22 y ss.

Igualmente esta teoría fue consagrada por las antiguas legislaciones, como la española de las Siete Partidas[6].

147. El derecho francés.—Los antiguos civilistas franceses también acogieron la teoría medieval de la prestación de las culpas, que llegó hasta Pothier, recibiendo de este todo el favor de su gran autoridad[7]. Sin embargo, ya desde el siglo xvi, Doneau (Donellus) y más tarde Thomasio y Lebrun abrieron las puertas a la discusión de esta teoría generalmente aceptada, tildándola de ser una falsificación de las leyes romanas, en lo que tenían razón porque, según ya lo hemos visto, tales leyes solamente llegaron a admitir dos clases de culpa en materia de responsabilidad contractual: la culpa lata asimilada al dolus y la culpa levis apreciada, unas veces in abstracto y otras in concreto, según el caso, sin que para la determinación de la responsabilidad del deudor tampoco se tuviera en cuenta, a manera de criterio general, la utilidad que el contrato reportara para él o para el acreedor, pues dicho criterio únicamente se empleó en la época clásica para distinguir a los deudores que solo respondían de dolo o culpa grave cuando no estaban interesados, y a los que también respondían de su culpa o negligencia leve cuando sí tenían interés en el contrato[8].

Este debate sobre la teoría medieval de la prestación de las culpas culminó en Francia con su rechazo formal por parte de los redactores del Código de Napoleón, quienes la juzgaron "artificiosa, sutil e injusta", sustituyéndola por un sistema denominado "de la unidad de la culpa", porque en él apenas se exige, salvo alguna excepción, que el deudor emplee en la ejecución de los actos jurídicos y de sus obligaciones la diligencia de un buen padre de familia, vale decir, de un hombre normalmente diligente y cuidadoso en la administración de sus negocios[9].

148. El derecho colombiano.—El Código Civil de don Andrés Bello sigue a este respecto el sistema del antiguo derecho español y de Pothier,

[6] Partida vii, L, 11, t. xxxiii.

[7] Pothier, Obligations..., núm. 142.

[8] Contractus quidam dolum malum duntaxat recipium, quidam dolum et culpam, dolum tantum: depositum et praecarium. Dolum et culpam: mandatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recepit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit. Ulpiano, Digesto, l, 24, tít. xvii, De reg. iuris, lib. 50. Véase a Girard, Manuel élémentaire de droit romain, ob. cit., págs. 693 y 792.

[9] Cfr. Aubry y Rau, Précis de droit civil, t. iv, núm. 308; Baudry-Lacantinèrie y Barde, Précis de droit civil, t. i, núms. 347 y ss.; Planiol y Ripert, Esmein, Traité..., t. vii, núms. 833 y ss.; Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. ii, núms. 75 y ss., págs. 69 y ss.; Henri y Léon Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité, t. i, núms. 681 y ss.; Hemard, Précis de droit civil, t. ii, núm. 1496; Julien Bonnecase, Précis de droit civil, t. ii, núm. 458; Louis Josserand, Cours de droit civil, t. ii, núm. 612.

consagrando así la teoría medieval de la prestación de las culpas que implica, como ya sabemos, una clasificación en tres grados de la diligencia que debe prestar el deudor en la ejecución de sus obligaciones, y cuyas aplicaciones prácticas obedecen al criterio de la utilidad que los distintos actos jurídicos pueden reportar a las partes.

En efecto, el artículo 63 de dicho Código Civil reconoce y define tres clases o especies de culpa, a saber: "culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, implica culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Y en cuanto a las aplicaciones prácticas de la precitada clasificación tripartita de las culpas, el artículo 1604 del propio Código, sienta las siguientes reglas generales: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

Tenemos así, pues, consagrada en su forma más pura la teoría de la prestación de las culpas inventada por los glosadores del derecho romano.

Sin embargo, como lo indica el artículo últimamente citado, las reglas generales contenidas en él pueden ser modificadas, bien por las estipulaciones expresas de las partes, bien por disposiciones especiales de las leyes. Así, los agentes pueden convenir en que uno o más de ellos respondan de determinada culpa distinta de aquella por la que normalmente tendrían que responder, v. gr., que el comodatario solo responda de la culpa leve, o el vendedor de la grave, o el depositario de la levísima[10]. Igualmente, varios artículos del Código Civil modifican las mencionadas reglas generales sobre la responsabilidad, como puede verse en los siguientes casos:

1º) El mandatario responde de la culpa leve, aunque el mandato sea gratuito, es decir, sin utilidad para aquel (art. 2155), pues se dice que la gestión de negocios objeto de este contrato, permite presumir que el mandatario se ha comprometido a emplear ese cuidado[11]. Pero esta culpa leve se apreciará más estrictamente si el mandatario ha sido remunerado, y menos estrictamente si ha

[10] Véanse núms. 164 y ss. infra.

[11] POTHIER, Obligations..., núm. 142.

manifestado repugnancia al encargo y se ha visto en cierto modo obligado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante (ibídem), lo que no significa que en estos casos el mandatario remunerado responda de la culpa levísima, ni que aceptando a regañadientes, solo responda de la culpa grave, sino que los descuidos en que incurra y que puedan ser calificados como culpas leves deben ser apreciados por el juez con más o menos rigor según las circunstancias.

2º) El agente oficioso, cuyas obligaciones son las mismas que las del mandatario, por cuanto el objeto de sus actuaciones es la gestión de negocios (art. 2305), generalmente responde de la culpa leve (art. 2306). Pero si se ha hecho cargo de la gestión para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, solo será responsable del dolo y de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, ofreciéndose a ella e impidiendo que otros lo hiciesen, responderá de toda culpa, inclusive de la levísima (ibídem).

3º) Por regla general, el depositario apenas responde de la culpa grave, porque el depósito propiamente dicho es gratuito (arts. 2244 y 2247). Pero si aquel se ha ofrecido espontáneamente, o si ha pretendido que se le prefiera a otra persona, o si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de la cosa en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración, o si el depósito es necesario, es decir, que la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, aquel será responsable hasta de la culpa leve (arts. 2247 y 2263).

4º) El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responde hasta de la culpa levísima. Sin embargo, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad de aquel sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante, solo hasta la culpa lata (arts. 2203 y 2204). No se entiende cuándo el comodato o préstamo de uso de una cosa a título gratuito pueda ser en pro del comodante, como tampoco se entiende por qué el depositario con permiso de usar la cosa depositada solo debe responder de la culpa leve, al paso que el comodatario, quien está colocado exactamente en la misma situación que tal depositario con facultad de uso, tenga que responder hasta de la culpa levísima. Esta aberrante discrepancia únicamente se explica por el método especulativo que sirvió para la elaboración de la teoría medieval de la prestación de las culpas, abstracción hecha de las necesidades reales que se pretendía satisfacer con ella.

149. Crítica al derecho colombiano.—Infortunadamente, don Andrés Bello, a vuelta de adoptar en su primer proyecto de Código Civil el sistema francés de la unidad de la culpa, acabó por decidirse en sus otros dos proyectos por el sistema medieval de la clasificación tripartita de las culpas. De esta suerte, nuestro Código resuelve un problema tan delicado e importante, cual es el de la determinación del grado de diligencia y cuidado en la ejecución de los actos jurídicos y de las obligaciones, mediante la aplicación de una teoría fundada en

la falsa interpretación de otra legislación modelo, lo que permite comprender fácilmente que dicha teoría, por artificiosa, no satisface las necesidades prácticas, a la vez que entorpece y dificulta la labor judicial; reparos estos que son suficientes para justificar el rechazo de la teoría por parte de los redactores del Código de Napoleón. Bigot de Préameneu, en su exposición de motivos ante el cuerpo legislativo, se expresaba así: "Esta división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica: no deja de ser necesario verificar respecto de cada culpa si la obligación del deudor es más o menos estricta; ¿cuál es el interés de las partes?; ¿cómo han entendido obligarse?; ¿cuáles son las circunstancias?; cuando la conciencia del juez ha sido ilustrada así, no hay necesidad de reglas generales para pronunciarse según la equidad. La teoría en que se dividen las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias. La propia equidad repugna las ideas sutiles. Por esto se ha decidido que el deudor que está obligado a velar por la conservación de la cosa, debe prestarle todos los cuidados de un buen padre de familia, sea que la convención no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común" [12].

Y Favard, en su informe al Tribunado, también decía con sobrada razón: "... La obligación del deudor encargado de conservar la cosa que debe dar, no puede ser más o menos extensa, sino relativamente a lo que es materia del contrato; porque, desde este aspecto, los medios de conservación varían según la naturaleza de los objetos que son confiados a sus cuidados. La responsabilidad del deudor lo obliga a toda custodia de un buen padre de familia; pero no se le puede exigir que vaya más allá dedicándole un cuidado extraordinario, a menos que haya contraído expresamente la obligación o que esta sea una consecuencia necesaria de su compromiso. Pero, en ningún caso, es dispensado de prestar los cuidados que razonablemente se deben esperar de un buen padre de familia para la conservación de su propia cosa; y este principio, para el cual la ley no fija ni puede fijar gradación alguna, es la única regla que se ha debido admitir para apreciar la culpa que debe producir la responsabilidad del deudor" [13].

Efectivamente, determinado el contenido de un acto jurídico y, en general, de una obligación, mediante la investigación de la real voluntad de los agentes, de la naturaleza jurídica del acto u obligación, de los usos y costumbres al respecto, y de los dictados de la equidad, al deudor se le debe exigir, además de la buena fe, ni más ni menos que la prudencia y el cuidado que los hombres juiciosos y diligentes, vale decir, los buenos padres de familia, prestarían en igualdad de circunstancias. Exigirle menos, so pretexto de que el deudor en cuestión suele ser persona torpe y negligente en la administración de sus propios negocios, o de que el acto no le reporta utilidad, equivale a sacrificar los

[12] Locré, t. xii, pág. 326.

[13] Ibídem, t. xii, págs. 431 y ss.

legítimos intereses del acreedor, quien siempre tiene derecho a esperar que aquel, en virtud del elemental principio de la solidaridad social, se comporte en el cumplimiento de sus deberes legales o convencionales como una persona prudente y cuidadosa, usando para ello de su inteligencia y voluntad naturales. Por el contrario, exigirle al deudor una diligencia extraordinaria y desusada en el cumplimiento de sus obligaciones, fundándose para ello en que el acreedor ha querido beneficiarle mediante un acto jurídico que no reporta utilidad alguna para este, equivale precisamente a destruir el carácter liberal del acto, exigiendo al deudor que compense, mediante un sacrificio extraordinariamente oneroso, el provecho que tal acto le reporta. Así, por ejemplo, si en el comodato el comodante no recibe utilidad alguna cabalmente porque su ánimo liberal le ha inducido a prestar desinteresadamente un servicio al comodatario, a este solo se le debe exigir que use de la cosa prestada como persona prudente y cuidadosa; pedirle más, obligándolo a convertirse en un extraordinario y diligentísimo guardián de dicha cosa, so pena de comprometer su responsabilidad por el descuido más insignificante, equivale a trastocar de raíz la índole y la finalidad del contrato, convirtiendo al comodante en la parte realmente beneficiada y al comodatario en un esclavo de esa cosa que tiene que custodiar con tanta diligencia, que ya no puede aprovechar normalmente el uso de aquella.

Por lo expresado, sería muy conveniente modificar el sistema del Código Civil en este punto, descartando la artificiosa y empírica teoría de la prestación de las culpas, para establecer, en su lugar, un sistema conforme al cual todo deudor debe quedar obligado, ni más ni menos, a comportarse como una persona normalmente juiciosa y diligente, como un buen padre de familia. Mientras esta reforma no se establezca, el problema importantísimo de la responsabilidad contractual continuará entregado a la arbitrariedad de los jueces, llamados por el sistema vigente a clasificar la conducta de los deudores en tres categorías separadas entre sí por líneas sutilísimas y de ordinario inasibles.

C. La prueba del dolo y de la culpa

150. La prueba del dolo.—Es un principio general y en nuestro ordenamiento positivo, el de que la carga de la prueba de los hechos le incumbe a quien los alega (C. C., art. 1757); de donde corresponde al actor acreditar los hechos que son fundamento de su acción (actori incumbit probatio). En consecuencia, el acreedor que pretenda la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento o por la demora en el cumplimiento de la obligación, tiene que aducir la prueba de todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para que haya lugar a dicha indemnización; y como entre tales requisitos figura el de que el incumplimiento o el retardo sean imputables al deudor, de conformidad con tal principio, le correspondería siempre a aquel demostrar el dolo o la culpa cometidos por este.

El artículo 1516 del Código Civil preceptúa respecto de la primera de estas causas de imputabilidad: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse". Tal disposición sobra porque, según la precitada regla general, quien alegue el dolo debe probarlo, y, además, es redundante, porque resulta claro que cuando la ley no establezca la presunción del dolo, la que implica el desplazamiento de la carga de la prueba en contrario hacia el demandado, le corresponde al actor suministrarla. El Código Civil solamente establece dicha presunción del dolo en los siguientes casos: a) cuando se ha detenido u ocultado un testamento (art. 1025); b) cuando el albacea cumple disposición del testamento contraria a las leyes (art. 1038), y c) cuando se hace una apuesta, sabiendo de cierto que ha de verificarse o se ha verificado el hecho de que se trata (art. 2284).

151. La prueba de la culpa.—Por el contrario, el enunciado principio general sobre la carga de la prueba sufre excepción muy importante en punto de la culpa por el incumplimiento de una obligación, la que sí se presume de conformidad con lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 1604 del Código Civil, a cuyo tenor "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Por tanto, el acreedor de obligación contractual que instaura acción indemnizatoria solo tiene que acreditar la existencia de dicha obligación, el perjuicio y la constitución en mora del deudor cuando este último requisito sea de observar; mas no así la culpa imputable al deudor, pues ella se presume, circunstancia que le impone a este la necesidad de desvirtuarla, bien sea mediante la prueba de la diligencia que le competía prestar, o bien con la de la ocurrencia de un caso fortuito o de culpa exclusiva del acreedor. Según lo precisaremos adelante, un sector de la doctrina contemporánea tiende a declarar que basta la prueba de la diligencia cuando la obligación es de medios, al paso que se requiere la del caso fortuito cuando dicha obligación es de resultado.

El régimen probatorio de la culpa que se viene de reseñar determina diferencia fundamental entre la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad por el hecho ilícito, pues en esta última la culpa no se presume, salvo la excepción consagrada en el artículo 2356 y aplicada por nuestra jurisprudencia a los casos de responsabilidad proveniente del ejercicio de actividades peligrosas, sino que dicha culpa debe ser siempre plenamente acreditada por quien alega haber sufrido daño a causa de ella[14].

D. La equiparación de la culpa grave al dolo

152. Concepto.—Como la culpa de esta especie equivale al máximo descuido o negligencia de parte del deudor, el Código Civil, acogiendo la solución

[14] Colin y Capitant, ob. cit., t. II, núm. 193, págs. 193 y ss.; Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. III, núm. 324, págs. 197 y 198.

romana, la equipara al dolo (art. 63), es decir, a la intención positiva de inferir daño (culpa lata dolo aequiparatur), lo que conduce a que aquella, como este, le imponga al deudor la obligación de indemnizar todos los perjuicios directamente derivados de su incumplimiento o de su cumplimiento defectuoso o tardío, y no solamente los que se hayan previsto o podido prever al tiempo del contrato (art. 1616).

153. La prueba y los efectos de la equiparación.—Pero esta asimilación de la culpa lata al dolo solamente concierne a los precitados efectos y no a la prueba de aquella. Así, como ya quedó dicho, el dolo no se presume, y, por tanto, el acreedor que lo alega debe probarlo; por el contrario, como la ley sí establece la presunción de la culpa que debe prestar el deudor (art. 1604), para desvirtuarla este tiene que demostrar haber procedido con la diligencia y el cuidado en el grado por él debido. Sin embargo, esta regla no es tan simple como a primera vista se ofrece: la culpa grave solo se presume en caso de incumplimiento de una obligación proveniente de contrato en que el deudor haya de prestar dicha culpa, por ser tal contrato de interés exclusivo del acreedor, como el depósito gratuito. Entonces, presumiéndose que el incumplimiento del deudor obedece a grave culpa de su parte, para exonerarse de responsabilidad él tiene que probar que no ha procedido con negligencia mayor que la de una persona descuidada en la gestión de sus negocios propios. Pero, como cuando el contrato reporta beneficio para el acreedor y el deudor, v. gr., la compraventa, la responsabilidad de este último solo va hasta la culpa leve, la presunción únicamente se refiere a dicho grado y no al de la culpa grave. En tal caso, el acreedor puede conformarse con los efectos propios de la culpa leve y acogerse a la presunción legal; mas si alega que el deudor ha incurrido en culpa grave, para obtener la indemnización de los perjuicios imprevistos que se le hayan irrogado con el incumplimiento de la obligación, debe demostrar que el deudor ha sido más negligente que una persona descuidada en sus propios negocios.

Claro que la precitada interpretación legal conduce a hacer más onerosa la situación del deudor precisamente cuando la ley más ha querido favorecerlo, pues dicha interpretación resulta que, al exigirle la ley una diligencia mínima por no reportar beneficio alguno del contrato, o sea, al permitírsele proceder como una persona descuidada en la gestión de sus propios negocios, se presume que, al no cumplir, ha incurrido en la culpa que más onerosas consecuencias apareja. Sin embargo, por aberrante que parezca esta solución, ella es consecuencia lógica de la presunción legal de culpabilidad del deudor y de la empírica teoría medieval de la prestación de las culpas. Estableciendo la ley varias especies de estas, dicha presunción tiene que referirse al grado de culpa de que el deudor responde, pues, de lo contrario, la presunción carecería de objeto. Por consiguiente, cuando el deudor solo responde de la culpa grave, es esta la

que se presume que ha cometido y no la leve ni la levísima, ya que tales culpas no están llamadas a producir efecto alguno en dicho caso[15].

Desde luego, la solución contraria a la aquí propuesta contaría en su favor con fundamento racional más sólido, como lo es el ya insinuado de que el establecimiento de la culpa grave favorece a las deudores a quienes solo se hace responsables de esta; mas, al mismo tiempo, se presume que han incurrido en ella, imponiéndoles sanción igual a la que el dolo produce; pero esta solución contraria se encuentra en pugna con la ley que, sin hacer distinciones entre las tres clases de culpas que reconoce, arroja la carga de la prueba de la diligencia y del caso fortuito sobre el deudor que los alega.

E. El caso fortuito

154. Concepto.—Como el deudor solo incurre en responsabilidad cuando la inejecución o el retardo de su obligación le es imputable por haber cometido dolo o culpa, conclúyese, por el contrario, que no hay lugar a dicha responsabilidad ni a la consiguiente indemnización de perjuicios al acreedor cuando el incumplimiento no le es imputable a aquel, sino que es el resultado de un hecho extraño que supera su voluntad y que lo coloca en imposibilidad absoluta y permanente o transitoria de cumplir.

Este planteamiento nos ofrece el concepto del caso fortuito como factor exonerante de responsabilidad, así definido en el artículo 1º de la ley 95 de 1890: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos [sic] de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

Varias teorías han elaborado los civilistas franceses para distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, por cuanto el Código de Napoleón, a veces, emplea separadamente dichas expresiones. Pero las aludidas teorías no son de recibo entre nosotros, comoquiera que la precitada definición legal refiere ambas expresiones a un solo concepto, lo que es acertado y evita sutilezas que, más que claridad, arrojan confusión en tan delicada materia[16].

155. Las condiciones del caso fortuito.—Para que un hecho extraño, vale decir, que el deudor no haya contribuido a producir, constituya fuerza mayor o caso fortuito, es necesario que sea imprevisible e irresistible. Por tanto, el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc., propuestos como ejemplos de la definición legal, únicamente estructuran el referido con-

[15] Con razones que por sí solas no estimamos suficientes, Luis Claro Solar (Explicaciones de derecho civil chileno, t. xi, págs. 526 y ss.) y Alessandri y Somarriva (Curso de derecho civil, t. iii, págs. 199 y ss.) acogen esta misma tesis.

[16] Luis Claro Solar, Explicaciones de derecho civil chileno, t. xi, núm. 1077, págs. 537 y 538; en contra, casación de 7 de marzo de 1939, "G. J.", t. xlvii, pág. 707.

cepto cuando reúnen las dos características preindicadas. Con otras palabras: no es factible formar un católogo de hechos constitutivos de casos fortuitos y otro de los que no lo sean, sino que la calificación de tales hechos en uno u otro sentido es cuestión de facto que los jueces tienen que apreciar discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, para averiguar si en este se ofrecen o no los dos requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio del deudor: a) la imprevisibilidad, y b) la irresistibilidad.

156. a) La imprevisibilidad.—La misma expresión caso fortuito indica idiomáticamente un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por tanto, si el hecho ya existía al tiempo del contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si este razonablemente hubiera podido preverlo, por ser acontecimiento normal o, por lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera de responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo; o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones[17]. Esta imprevisibilidad del caso fortuito es, se repite, una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontencimiento o, por el contrario, su rareza y repentinidad: si tal acontecimiento es frecuente y, más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un acontecer de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Algunos ejemplos y aplicaciones muestran el uso que del preindicado criterio de apreciación suelen hacer de modo riguroso doctrina y jurisprudencia. "El incendio, el hurto, el robo, la muerte de los animales, la pérdida de las cosechas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de la culpa del deudor"[18]. "Si el accidente es irresistible, pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito. Ejemplo, cualquiera fuerza física o moral a que no puede resistirse, pero que pudo evitarse en sus consecuencias"[19]. "La medida tomada por un decreto debía ser prevista si había llamado antes la atención del legislador y si ya varias veces el gobierno había propuesto su aplicación...; en las

[17] Colin y Capitant, ob. cit., t. II, pág. 74; René Demogue, Traité des obligations, t. VI, núm. 356; Henri y Léon Mazeaud, Responsabilité..., t. II, núm. 1563; Julien Bonnecase, Supplement..., t. III, págs, 527 y ss.; Radouant, Du cas fortuit, págs. 26 y ss.

[18] Cas. 31 de agosto de 1942, "G. J.", núms. 1889-1890.

[19] Cas. 26 de mayo de 1936, "G. J.", núms. 1909-1910.

minas de carbón la frecuencia de las huelgas implica el deber de preverlas; no se debe considerar como caso fortuito un accidente ordinario y frecuente, como es la enfermedad de la vid, que el hacendado debe esperar; la agresión a un viajero en un vagón es un hecho tan frecuente que la compañía debía preverlo, y hasta la guerra o la revolución que en ciertos países son endémicas constituyen casos ordinarios y previsibles a los que las personas que comercian con esos países están habituadas. En materia de transporte terrestre, en caso de congestión, una de las condiciones para que los tribunales reconozcan un caso de fuerza mayor, es la de que haya sido motivada por un movimiento excepcional de mercancías por razón de circunstancias anormales y no del hecho que se reproduzca periódicamente cada año, tales como el transporte de frutas de cidra en el otoño en ciertas regiones. También hay hechos, en sí mismos, que a priori aparecen como previsibles porque son ordinarios: son los riesgos inherentes a un negocio, a tal punto que el deudor, a menos de incurrir en culpable negligencia, no puede dejar de considerar y contemplarlos. Hay eventualidades, por cuyas circunstancias o la naturaleza del contrato, imponen su previsión: la escasez o el encarecimiento de un producto; un accidente de máquina; en el transporte marítimo la detención del navío en un puerto por razones sanitarias; la sequía; la enfermedad de la vid; la ocurrencia de una huelga en operación a largo término; la variabilidad de los ingresos causante de la dificultad y la ruina del empresario de un casino o de una fábrica"[20].

En suma: la imprevisibilidad es elemento esencial del caso fortuito; tal elemento ha de apreciarse singularmente en cada situación concreta; el criterio para el efecto debe ser la rareza y lo súbito del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o aquellos que son frecuentes, o probables, según la naturaleza de dichos negocios, máxime si ella se ocupa habitualmente en estos, en forma que, al obligarse, es de presumir que asume los riesgos inherentes a ellos y que espera superarlos, ya que en nuestro ordenamiento civil no es de recibo la teoría de la imprevisión que consiste precisamente en lo contrario, es decir, en presumir que el deudor se obliga en consideración a las circunstancias existentes al tiempo del negocio (rebus sic stantibus), y que si estas varían haciendo más difícil u oneroso el cumplimiento de su deuda, puede alegar tal cambio como razón exculpatoria. Cabalmente, por no ser aceptable esta teoría de la imprevisión que mina la seguridad de los actos jurídicos y del comercio, la doctrina y la jurisprudencia, según quedó visto, se muestran bien rigurosas en la clasificación como casos fortuitos de hechos que, mirados con un criterio simplista, parecerían ser tales, como el incendio, el hurto, el robo, la muerte de los animales, las sequías, las pérdidas de cosechas, los actos legislativos o de autoridad destinados a remediar situaciones sociales anómalas y de duración suficiente para esperar esas medidas, las crisis en enfermedades crónicas del

[20] RADOUANT, ob. cit., pág. 150.

deudor, las huelgas en ciertos sectores económicos, los atracos en lugares afectados por perturbaciones del orden público, el encarecimiento de bienes y servicios causado por devaluaciones monetarias, etc.[21].

Es obvio que la imprevisibilidad, ponderada como elemento constitutivo del caso fortuito exonerante de responsabilidad, solo suscita dudas cuando no se sabe si el deudor pudo o no prever el acontecimiento, pues, si aparece que este sí fue previsto, pero que dicho deudor creyó poder sobreponerse a él, la conclusión ineluctable es la de que el deudor debe responder por haber obrado a sabiendas y con temeridad.

157. b) La irresistibilidad.—Así como la expresión caso fortuito traduce la necesaria imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónima de aquella en nuestra definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Si este, a sabiendas, embarca lo debido en nave averiada que zozobra; si temerariamente se expone a la acción del enemigo o de bandoleros que operan en una comarca perturbada por la violencia; si comete ilícitos que lo coloquen a merced de la autoridad; si no toma las medidas indispensables para evitar el inminente incendio o la inundación de la propiedad arrendada, etc., incurre en falta excluyente del caso fortuito, a pesar de que tales hechos puedan ser calificados en sí como extraños y dominadores. Tampoco, según ya quedó dicho, hay fuerza mayor cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente.

La expresión misma fuerza mayor está indicando que esta debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones particulares del deudor.

El principio general de derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible (ad imposibilia nulla obligatio est), preside tanto el nacimiento de las obligaciones como su extinción por caso fortuito. La imposibilidad del objeto de un acto jurídico, proveniente de ser las prestaciones del mismo contrarias a las leyes de la naturaleza, o a las normas legales imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres, es causal de ineficacia de dicho acto (art. 1518), bien sea porque el vínculo jurídico no puede formarse sobre un objeto físicamente imposible, como la entrega de un ser mítico o tocar el cielo con la mano, o bien porque la ilicitud de tal objeto, o sea, su imposibilidad moral, como cuando se estipula la comisión de un delito, apareja la nulidad absoluta de ese pacto. De la propia manera, si después de nacida una obligación válida, su cumplimiento se hace imposible a consecuencia del hecho extraño imprevisto y que supera la buena intención y la diligencia del deudor, dicha obligación se extingue,

[21] Nuestro actual Código de Comercio entroniza en nuestra legislación esta torpe teoría de la imprevisión (art. 868).

quedando este último liberado de responsabilidad frente al acreedor, quien así corre el riesgo del caso fortuito.

Sin embargo, la ponderación de la imposibilidad de la prestación debida para determinar la extinción de la obligación requiere mayores precisiones. Dicha imposibilidad ha de ser absoluta: si el deudor pudo evitar el hecho o superar sus consecuencias, v. gr., realizando mayores esfuerzos y sacrificios, el incumplimiento le es imputable y compromete su responsabilidad. Igualmente, la imposibilidad debe ser permanente y no meramente transitoria: si el obstáculo solo reviste esta última característica, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo.

158. El hecho de un tercero.—El concepto clásico del caso fortuito, configurado por sus imprescindibles características que se han analizado, abarca por igual los hechos de la naturaleza física, los actos de la autoridad social y los hechos de las personas particulares extrañas al deudor. El artículo 1º de la ley 95 de 1890, al ejemplarizar su definición, incluye "el apresamiento de enemigos", típico hecho de terceros, como lo son también otros citados por doctrina y jurisprudencia, tales el asalto a un vehículo de transporte público en condiciones de normalidad que lo hicieran imprevisible, la ocurrencia de una huelga también sorpresiva en operación de ejecución inmediata, el daño del vehículo prestado en accidente de tránsito provocado por embriaguez del conductor de otro vehículo, etc.

Pero es claro, dentro de los lineamientos de la responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones, que es de cargo del deudor la ejecución directa de la obligación, y que también se presume que el incumplimiento de ella obedece a culpa de dicho deudor. En tales circunstancias, este, al pretender alegar el hecho de otra persona como exonerante de su responsabilidad, necesariamente debe demostrar que tal hecho le es extraño, imprevisible e irresistible. Así, cuando al hecho del tercero se suma la culpa concurrente del deudor, como cuando en el accidente de tránsito que daña el vehículo prestado se establece la infracción conjunta de los reglamentos pertinentes por parte del deudor y del conductor del otro vehículo, lógicamente la conducta ilícita de este no libera a aquel de la culpa en que también incurriera y que compromete su responsabilidad, según principio general pertinente (art. 2357). En el mismo orden de ideas, si el tercero causante del hecho que impide el cumplimiento de la obligación es persona que dependa del deudor y de la que este deba responder, o es alguien que obre por cuenta y riesgo de aquel, como el delegado para ejecutar la prestación debida, tampoco se estructura el caso fortuito liberatorio; en el primer ejemplo, porque el deudor responde indirectamente de sus dependientes cuyas actuaciones debe vigilar (culpa in vigilando), y en el segundo, porque al

delegar en persona inepta o negligente también incurre aquel en una falta que le compromete (culpa in eligendo)[22].

159. Los efectos del caso fortuito.—Concurriendo los elementos constitutivos de dicha figura, anteriormente descritos, la inejecución de la obligación o su ejecución defectuosa o tardía, según el caso, no son imputables al deudor y, por ende, este queda exonerado de responsabilidad frente al acreedor insatisfecho.

Sin embargo, esta regla general sufre excepciones en tres hipótesis, a saber: a) cuando el deudor asume voluntariamente el riesgo del caso fortuito, garantizándole así al acreedor el resultado que este busca (art. 1732); b) cuando el caso fortuito sobreviene estando el deudor constituido en mora (siempre que dicha situación no hubiera dañado la cosa debida, si esta hubiere sido entregada al acreedor (art. 1604, inc. 2º), y c) en el caso de pérdida de cosa hurtada o robada (art. 1735).

160. La prueba del caso fortuito.—La carga de esta le corresponde a quien lo alega. Así, si el deudor, para liberarse de responsabilidad, propone el caso fortuito a manera de excepción, debe acreditar en toda su plenitud el hecho invocado como tal y sus elementos constitutivos, según las reglas generales en materia probatoria y, en especial, según el principio reus excipiendum fit actor. Tal es lo preceptuado por el artículo 1604 del Código Civil.

F. La culpa del acreedor

161. Concepto.—Dicho está que la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación está condicionada a que este incumplimiento le sea imputable, de modo tal que esa responsabilidad queda descartada cuando el caso fortuito se interpone y determina inevitablemente la no ejecución perfecta y oportuna de lo debido. Pues bien, esta última situación también puede ofrecerse cuando es el propio acreedor quien obra culposamente y coloca al deudor en imposibilidad de cumplir.

162. La mora creditoria.—La precitada hipótesis es de rara ocurrencia y, por ello, tradicionalmente las legislaciones no la contemplan como un fenómeno general. Así, nuestro Código Civil se refiere a ella en disposiciones aisladas y que miran a casos particulares, a saber: a) el artículo 1605 preceptúa que "la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una es-

[22] Véase C. C., arts. 1733 y ss.; Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núms. 232 quater y 240 bis, págs. 92 y 95; Colin y Capitant, Cours..., t. II, núm. 80, pág. 72; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 304, pág. 186.

pecie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir"; b) el 1739: "la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de este en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo", y c) el 1883: "si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solo será ya responsable del dolo o de la culpa grave".

Los textos transcritos que corresponden, en su orden, a los artículos 1548, 1680 y 1827 del Código chileno, han permitido a los comentaristas formular la teoría de la "mora creditoria", en punto de las obligaciones de dar o entregar cosa, con las siguientes determinaciones: 1ª) se produce ella cuando el deudor le ofrece la cosa al acreedor (art. 1739), sin que sea necesario el pago por consignación de la cosa, pues este extingue la obligación (art. 1663), y, lógicamente, la mora es anterior a este pago, y 2ª) la mora creditoria descarga al deudor de responsabilidad por las culpas leve y levísima, reduciéndola al dolo y a la culpa grave (arts. 1739 y 1883); y el acreedor está obligado a indemnizar los perjuicios que su mora le irrogue al deudor (art. 1883)[23].

163. Generalización de la teoría.—En nuestro sentir, la concepción de la mora creditoria, fundada en los textos legales de que se ha hecho mérito y con los alcances restringidos que se le asignan en punto de las obligaciones de dar y de entregar cosa, apenas sí es una aplicación particular de principios generales que dominan toda la responsabilidad civil.

En primer lugar, si dentro de la concepción latina de la responsabilidad subjetiva consagrada por nuestra legislación, es elemento axiológico de toda acción indemnizatoria, la imputabilidad del daño a la conducta dolosa o culposa de persona distinta de quien lo sufre; y si, por ello, el hecho extraño meramente natural, o el acto emanado de la autoridad, o el cometido por un tercero, pueden enervar dicha acción contra el deudor, resultaría irrazonable y contradictorio negarle este mismo efecto al hecho culposo del acreedor, siempre que alcanzase características y proporciones tales que constituyese para el deudor un verdadero caso fortuito.

En segundo lugar, la culpa de la víctima de un perjuicio es factor que el derecho también ha considerado siempre al determinar la responsabilidad y el quantum de la obligación indemnizatoria en que tal obligación se traduce. Este principio está expresamente consagrado por el artículo 2357 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

[23] Alessandri y Somarriva, Derecho civil, t. iii, núms. 354 y ss., págs. 214 y ss.

Con apoyo en esta regla, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar, en punto de la responsabilidad aquiliana, que la concurrencia de la culpa de la víctima impone la reducción de la condena al autor del perjuicio y aun puede llevar a la exoneración de este de toda obligación indemnizatoria, si el juez encuentra que aquella culpa alcanza tal gravedad que excluye la cometida por él[24].

Los dictados de la equidad en que se inspira esta regla, determinan la necesidad de aplicarla también en el campo de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones. La concurrencia de culpas entre el acreedor y el deudor debe ser atendida para fijar el monto de la indemnización por el incumplimiento de la obligación y aun para negarla cuando la culpa del acreedor neutralice totalmente la del deudor, quien, se repite, solo responde del dolo y de la culpa grave concurrentes, todo esto sujeto al prudente juicio del sentenciador.

Tal es la orientación general de la jurisprudencia francesa, cuyo sistema legal es similar al nuestro en esta materia. Así, en tratándose del transporte de personas, aquella ha decidido que en el caso del accidente del viajero que se monta en un tranvía o en un tren sobrecargado, o que lo hace cuando el vehículo está en marcha, incurre en culpa y que la responsabilidad consiguiente solo debe ser compartida por el transportador cuando este haya dejado de tomar las medidas conducentes a evitar el accidente[25].

G. Estipulaciones que varían la imputabilidad

164. Precisión.—Las reglas generales hasta aquí expuestas, que gobiernan la responsabilidad del deudor y la consiguiente indemnización de perjuicios al acreedor por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de aquel, pueden ser modificadas convencionalmente en lo tocante a la imputabilidad moral o subjetiva y con la eficacia liberatoria del caso fortuito, en forma tal que dicha responsabilidad resulte agravada o atenuada. De ahí que el artículo 1604 del Código Civil, a más de consagrar la teoría medieval de la prestación de las culpas atendiendo a la utilidad que el contrato reporte a las partes y al principio sobre dicha eficacia liberatoria del caso fortuito, agregue en su inciso final: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes". De suerte que, salvo algunas excepciones, como la que prohíbe la condonación anticipada del dolo, las normas sobre responsabilidad contractual, o sea, la derivada de los actos jurídicos, no son de orden público y pueden ser modificadas por los interesados mediante convenios que han de ser expresos, según lo exigen los textos legales mencionados, excluyendo así la presunción de tal clase de pactos.

[24] Cfr. Cas. 28 de febrero de 1945, "G. J.", t. LVIII, 627; 22 de junio de 1948, "G. J.", t. LXIV, 472; 25 de marzo de 1953, "G. J.", t. LXXIV, 420.

[25] Josserand, Derecho civil, t. II, núm. 636.

165. Estipulaciones agravantes.—Por tanto, las partes pueden agravar la responsabilidad del deudor, cual sucede en los siguientes casos:

1°) Cuando el deudor asume todo caso fortuito o alguno en especial (art. 1732). De hacerlo, su responsabilidad se agrava hasta el máximo grado, pues entonces responde de la inejecución y de la ejecución defectuosa o retardada de la prestación debida, cualquiera que sea la causa de aquellas. Trátase aquí de un verdadero seguro que el deudor le otorga al acreedor, de que este habrá de lograr el resultado que pretende al contratar[26].

2°) Cuando, dentro de la teoría legal de la prestación de las culpas, el deudor se obliga a emplear diligencia y cuidado mayores que los debidos. Así, puede pactarse que el deudor que normalmente solo es responsable de la culpa grave, lo sea también de la leve y hasta de la levísima, o que responda de esta última cuando solo está obligado a la leve.

166. Estipulaciones atenuantes.—También son lícitas, en principio, las que disminuyen la responsabilidad del deudor culpable, aunque excepcionalmente algunas de ellas están prohibidas por la ley. Por ejemplo, se puede pactar que el deudor solo responda de la culpa grave estando obligado a responder de la leve o la levísima.

Pero los convenios sobre condonación del dolo futuro o de la culpa grave son ilícitos. Resulta contrario al postulado de la buena fe contractual el permitirle al deudor incumplir su obligación intencionada y maliciosamente (malitiis non est indulgendum) (art. 1522). En el mismo orden de ideas, la exoneración del deudor hasta de su culpa grave equivale a destruir el vínculo jurídico, esto es, a convertir la obligación en meramente potestativa (si volueris) y, por ende, inválida conforme a la ley (art. 1535).

Lo anteriormente dicho no ofrece duda alguna respecto del dolo, pues ya quedó visto que la ley prohíbe terminantemente la condonación del dolo futuro. Pero, en punto de la exoneración de la culpa grave, no hay total acuerdo en la doctrina. Para algunos, como Claro Solar, tal estipulación es válida, porque ella no implicaría que el deudor quedase absolutamente libre de su obligación, comoquiera que, liberándosele de la responsabilidad por toda culpa, siempre tendría que responder del dolo, es decir, del incumplimiento de mala fe, lo que demostraría que la cuestionada estipulación no obstaría al perfeccionamiento del vínculo[27]. Sin embargo, la gran mayoría de los civilistas opinan, y nosotros con ellos, que la cláusula de no responsabilidad por la culpa grave es inválida. La asimilación de dicha culpa al dolo, establecida por el artículo 63 del Código Civil, se funda en que la culpa grave implica negligencia y descuido de tal magnitud, que en ellos no incurriría nadie, ni siquiera las personas más negligentes y descuidadas, quienes, a lo menos, deben entender lo que todos

[26] Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 243, pág. 96.

[27] Luis Claro Solar, ob. cit., t. XI, pág. 548.

entienden (quod omnes intelligunt), hasta que tal falta de inteligencia, tal torpeza y grosería, rayan en la mala fe. Permitirle al deudor que no realice esfuerzo alguno para cumplir es lo mismo que autorizarlo para que no cumpla, si así lo quiere. Conclúyese, pues, que, por virtud de la asimilación legal, la referida cláusula exonerativa de la culpa grave apareja la invalidez declarada por el artículo 1522 citado, respecto de la condonación del dolo futuro[28].

Dentro de este mismo orden de ideas conviene recordar que las reglas generales sobre la prestación de las culpas sufren alteraciones que están determinadas por disposiciones especiales; como también importa mencionar la existencia de otras disposiciones legales de la misma índole, que prohíben la exoneración o la atenuación de la responsabilidad del deudor, tales como las relativas a los transportadores públicos; a lo que se agrega que la tendencia legislativa contemporánea es la de ampliar estas prohibiciones, haciéndolas extensivas a todos los contratos por adhesión, en los cuales las estipulaciones en tal sentido se reputan sorpresivas y leoninas para el adherente.

H. La teoría de las obligaciones de medios y de las de resultado

167. La teoría.—Con miras a precisar cuándo hay o no cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor y el papel que desempeñan la culpa y el caso fortuito en dicho campo, el tratadista René Demogue ha propuesto la referida clasificación con el criterio y alcance que se deducen de los siguientes puntos de su obra[29]:

"La obligación que puede pesar sobre un deudor —advierte este autor— no es siempre de la misma naturaleza. Puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio. Una persona ha recibido mandato para realizar un acto unilateral, o se ha encargado de transportar una encomienda o de construir un edificio, pero estos resultados no se obtienen. Verificada la existencia de la obligación y su inejecución, el acreedor tiene ganada la causa, a menos que el deudor pruebe que un caso fortuito o fuerza mayor le hizo imposible la ejecución. En lugar de prometer un resultado, el deudor está legal o convencionalmente obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado. Por ejemplo, el banquero, en vez de tomar unos títulos en consignación (en dépôt aux guichets) —obligación de resultado en cuanto a su conservación— alquila una caja fuerte o casilla de seguridad. Entonces, se obliga a tomar las precauciones usuales para la admisión en el recinto de las casillas y para la apertura de las mismas. En caso de hurto de los

[28] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 355, pág. 215; Louis Josserand, Droit civil, t. II, núm. 624; Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 245, págs. 96 y 97.

[29] René Demogue, Traité des obligations, t. V, págs. 583 y ss.

títulos, debo yo probar que el banquero ha faltado a una de sus obligaciones, dejando, por ejemplo, que abra una cajilla alguien de cuya identidad no esté seguro. Y esto, porque el banco no me ha prometido un resultado, cual es el de que yo encontraré mis títulos, sino que me ha prometido supervigilar el acceso a mi casilla de seguridad. Si el banco ha dejado penetrar a un tercero cerca de mi casilla, podrá probar que ha habido caso fortuito o fuerza mayor. Unos asaltantes pueden haber usado amenazas, el banco se puede haber equivocado sobre la identidad del visitante. De la propia manera, el administrador que supervigila una propiedad no promete que uno la encontrará intacta, sino que él tomará las precauciones usuales para este efecto. Deberé yo, pues, probar que él no la visitaba regularmente; que nada hizo después de darse cuenta de los primeros deterioros y que los dejó aumentar. En el contrato de transporte, el porteador solo contrae una obligación de medios respecto al equipaje de mano que el viajero no hace registrar. En caso de pérdida, este deberá probar una falta del transportador. El médico no promete la curación; solo promete sus cuidados. ¿Se ha pensado declarar culpable a todo médico, cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?

"En los contratos se encuentran obligaciones de resultado y obligaciones de medio; el arrendatario promete devolver el inmueble en buen estado y lo propio ocurre con el depositario y el comodatario respecto al bien depositado o prestado. Por el contrario, el mandatario y el obrero más bien prometen ocuparse de los intereses ajenos; trabajar con la prudencia deseable. Fuera de los contratos, las obligaciones que imponen los reglamentos o la prudencia son obligaciones de medios. Un chofer tiene el deber de ser prudente: no se puede decir que su obligación es de no herir a nadie...".

168. Crítica de la teoría.—El criterio empleado para la propuesta clasificación de las obligaciones es bien claro. Son de resultado aquellas en que el fin perseguido por el acreedor no se reduce a que el deudor tome una serie de medidas para alcanzar dicho fin, sino en que este realmente se logre. Quien contrata arquitecto para que le construya su casa, no tiene en mente los medios que este habrá de emplear para hacer los cimientos, los muros, el techo, sino que espera la entrega del edificio totalmente conforme a las reglas de la técnica y apto para ser habitado. Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que estas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor. El médico debe cuidar a su paciente; debe usar de los recursos indicados para la enfermedad tratada; pero es obvio que aquel no está comprometido a que este se cure de su dolencia, en forma tal que si ese resultado falla, pueda afirmarse ipso facto el incumplimiento de la obligación.

Como se ve, esta clasificación de las obligaciones coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aún, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas. Así, en los

ejemplos que se acaban de proponer, el juez, prima facie, sabe inejecutada la obligación del arquitecto que no entregó la casa terminada, y, por el contrario, sabe ejecutada la del médico que atendió al paciente, aunque este falleciera, desde luego en este caso sin perjuicio de la responsabilidad si dicha atención fue cumplida imperfecta o culposamente.

Pero, fuera de la preindicada utilidad práctica de la teoría, estimamos nosotros que las aplicaciones que se le pretenden dar en el campo de la imputabilidad al deudor por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de lo debido, y en cuanto al papel que en el mismo terreno desempeña el caso fortuito, no son de recibo en el derecho francés ni en el nuestro, en los que impera la concepción clásica latina de la responsabilidad subjetiva que se ha pretendido sustituir, sin éxito, por la germana de la responsabilidad objetiva, de lo que se resiente la teoría que se critica.

En efecto, según hemos visto a todo lo largo de este examen de la indemnización de perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, la responsabilidad que se traduce en dicha indemnización, supone necesariamente el dolo o la culpa cometidos por el deudor, en forma tal que, faltando ambos elementos morales de la imputabilidad, este no es responsable. Por ello, el artículo 1604 de nuestro Código Civil contempla, sin distinciones tocantes a la naturaleza de las obligaciones, dos medios distintos de exoneración: la prueba de la diligencia debida o la del caso fortuito que, como hecho extraño, imprevisible e irresistible, también desvirtúa la presunción de culpa consagrada por el citado texto legal.

La responsabilidad objetiva, por el contrario, se funda, como su denominación lo indica, en un criterio de apreciación puramente objetivo y hasta mecánico, según lo quieren algunos: basta que el daño pueda atribuirse a un hecho u omisión de alguien para que se precipiten los efectos de la responsabilidad, con prescindencia de la valoración moral de la conducta de quien así se reputa responsable.

A la aplicación de esta variante de la responsabilidad, generalmente condenada por la doctrina y la jurisprudencia en aquellos países cuyos ordenamientos se inspiran en la tradición latina, conduce la principal de las consecuencias que se le quieren atribuir a la clasificación de las obligaciones que se viene comentando; en las de medios, el deudor sería recibido a probar que el incumplimiento no le es moralmente imputable por haber actuado él con toda la prudencia y cuidado requeridos por la ley; pero si la obligación es de resultado, tal prueba no le serviría; ineludiblemente tendría que demostrar que el daño o la insatisfacción del acreedor han sido causados objetivamente por un hecho extraño que, por tanto, excluye la participación del deudor.

En suma, a nuestro modo de ver, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación, el deudor puede exonerarse de responsabilidad demostrando que el incumplimiento no le es moralmente imputable por una de las dos vías que le

ofrece el artículo 1604 del Código Civil: la prueba de la diligencia debida o del hecho extraño impediente. La solución propuesta por DEMOGUE para las obligaciones de resultado, es decir, la de que la frustración de este haga siempre responsable al deudor, requeriría, entonces, una estipulación expresa, conforme a la cual dicho deudor respondiera de toda culpa, estipulación que es válida y que conduce a erigir el caso fortuito en única causa exonerante.

III. El perjuicio del acreedor

A. GENERALIDADES

169. CONCEPTO.—Entiéndese por tal el daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida.

170. NECESIDAD DEL PERJUICIO.—La necesidad de este elemento, para que se le pueda imponer al deudor la obligación indemnizatoria como subsidiaria de la principal, es evidente. Es principio general del derecho el de que toda acción presupone un interés jurídico que con ella se tutela: sin interés no hay acción. Por tanto, si el acreedor no sufre daño por el incumplimiento del deudor, carece de legitimación para demandar judicialmente una reparación. Así, es ejemplo clásico en la doctrina el del abogado que deja de aducir el crédito de su cliente en proceso de concurso o de quiebra: si se demuestra que, de haber cumplido este deber profesional, el cliente no habría obtenido utilidad alguna, no hay lugar a indemnización.

171. LÍMITES DE LA INDEMNIZACIÓN.—El incumplimiento del deudor puede desatar una serie indefinida de perjuicios; pero él no siempre está obligado a indemnizarlos todos, pues la ley establece limitaciones al respecto que, en algunos casos, obedecen a la naturaleza de los perjuicios y, en otros, a la vinculación de estos con el hecho o hechos a que se atribuyen.

172. CLASIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS.—La doctrina, con fundamento en los preceptos legales, distingue varias clases de perjuicios: a) materiales y morales; b) directos e indirectos; c) previsibles e imprevisibles; d) actuales y futuros, y e) ciertos y eventuales.

173. a) PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.—Tocan los primeros con el patrimonio del acreedor, es decir, con el conjunto de sus valores económicos; los segundos estriban en el daño que el acreedor experimenta en su propia persona, en sus afectos y, en general, en su esfera moral.

En punto de la responsabilidad extracontractual por el hecho ilícito, es axioma en la doctrina que el agente del hecho debe indemnizar tanto los perjuicios materiales como los morales que le haya irrogado a la víctima[30]. Pero en materia de responsabilidad contractual, esto es, la que abarca todo el campo del incumplimiento de las obligaciones de contenido económico, una larga tradición doctrinaria negaba la indemnización de los perjuicios morales, con el argumento superficial de que no se ve cómo el incumplimiento de tales obligaciones patrimoniales pueda lesionar moralmente al acreedor. Hasta se ha llegado a hacer de esta cuestión uno de los criterios claves para distinguir dichas especies de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, si una persona da muerte a un padre de familia, no se vacila en afirmar que aquella debe indemnizar a los hijos de este, no solo los perjuicios materiales que ellos experimentan al perder el apoyo económico que dicho padre les prestara, sino también el daño moral, v. gr., el dolor sufrido por la falta del ser querido. Por el contrario, si el comisionado para trasladar los restos mortales de los padres del comitente de un cementerio a otro, o si el depositario de los únicos retratos existentes de aquellos los deja perder culposamente, o si el cirujano le ocasiona al paciente una desfiguración facial, al excluirse la indemnización por tan evidentes lesiones morales, so pretexto de tratarse de hechos de responsabilidad contractual, en el primer caso el comisionado infiel quedaría impune, porque los huesos de los padres no tienen cotización comercial; en el segundo, descartado el valor afectivo de los retratos, la indemnización se reduciría al precio en el mercado de unos cuadros de las calidades materiales que se lograran establecer en el proceso; y en el tercero, si la desfiguración no repercute en la capacidad económica del paciente, su sola depresión moral sería intrascendente[31]. Dícese también, en pro de la tesis que pretende excluir la indemnización de los perjuicios morales del campo contractual, que la estimación de estos, las más veces, es muy difícil y hasta imposible.

Pero la doctrina moderna ha reaccionado con la precitada tesis, por carecer ella de todo fundamento racional. Como lo demuestran los ejemplos anteriormente propuestos, la equidad reclama con igual vigor la indemnización del perjuicio moral en el campo extracontractual y en el contractual. La víctima de un hecho ilícito siempre tiene derecho a que se le reparen todos los daños que se le hayan causado (nema ex alteria culpa praegravari debet) y este máximo

[30] La Corte había sentado la tesis de que quien demanda la indemnización de perjuicios materiales, no podría pedir la de los morales. Pero esta tesis, infundada, prontamente fue recogida (cas., 21 julio 1992, "G. J.", núm. 1515, pág. 220). Actualmente, la doctrina de la misma corporación ha decidido que la fijación del monto de la indemnización de los perjuicios morales corresponde a los jueces de instancia con prescindencia del art. 95 del C. P. (véase el art. 97 del C. P. vigente) y, aun de la prueba pericial, por no tratarse de cuestión técnica, ni científica (cas., 27 septiembre 1974, "G. J.", t. XLVIII, pág. 251).

[31] ALESSANDRI SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 161, pág. 106.

postulado de justicia no admite distingos, porque ese hecho ilícito consiste en la violación de un contrato o en el quebranto de deberes emanados de otras fuentes. Además, los artículos 1613 y 1614 de nuestro Código Civil, referentes a la responsabilidad contractual y que establecen los criterios para estimar la indemnización de los perjuicios materiales, según se desprende del concepto que ofrecen del daño emergente y del lucro cesante, no excluyen la reparación del daño moral fundada en el ya enunciado principio general del derecho, de que tales textos apenas sí constituyen aplicaciones concretas en el campo patrimonial.

De otro lado, constituye inconsistencia manifiesta la pretensión de diferenciar la responsabilidad contractual y la extracontractual en punto a la indemnización de los perjuicios morales, con base en la dificultad que se ofrezca en la estimación pecuniaria de tales perjuicios, pues esa dificultad se presenta en ambos terrenos[32]. Verdad es que la cabal y perfecta reparación del daño moral no es factible, porque el dinero no puede borrar el dolor moral. Pero jurídicamente lo que se pretende con la indemnización pecuniaria es una equivalencia de valores y no una sustitución material de bienes: así como el dinero no reemplaza el edificio destruido, tampoco elimina el dolor sufrido; pero sí produce una satisfacción que, en todo caso, es preferible a nada. También es cierto que la evaluación del daño de que se trata es bien difícil, más esta circunstancia tampoco justifica el que se cohoneste la impunidad de su autor en detrimento de la víctima. Con miras a salvar esta dificultad y a evitar arbitrariedades al respecto, algunas legislaciones, como la nuestra, han establecido límites máximos para la indemnización. Así el artículo 95 del Código Penal preceptúa: "Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". Desde luego, el límite de dos mil pesos señalado por el texto legal transcrito es bien exiguo, según se apuntó ya en la época de la expedición de este, y lo es aún más en la actualidad, a causa de la considerable devaluación monetaria registrada en los últimos treinta años. Menos mal que, como dicho no estatuye una fórmula rígida, sino que hace depender la estimación legal de la dificultad o imposibilidad de hacerla judicialmente en cada caso concreto, la jurisprudencia ha podido en ocasión propicia consultar los dictados de la justicia con el señalamiento de indemnizaciones superiores al límite legal[33].

[32] Louis Josserand, Droit civil, t. II, núm. 629.

[33] El art. 95 fue sustituido por el 106 del C. P. de 1980, a cuyo tenor: "Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido". Este nuevo

En definitiva, la clasificación de los perjuicios materiales y morales, que atiende a la naturaleza de los intereses lesionados, no debe tomarse como criterio para reducir el campo de la acción indemnizatoria a los primeros, sino, por el contrario, para predicar la procedencia de dicha acción respecto de los segundos en todos los órdenes de responsabilidad civil, con iguales régimen y efectos.

174. b) Perjuicios directos e indirectos.—El criterio de esta clasificación radica en la vinculación causal entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor. Si este daño es una consecuencia inmediata y explicable por la sola falta de ejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de lo debido, se estructura un perjuicio directo; pero si el daño se vincula al incumplimiento de modo mediato hasta ser incierto que aquel sea consecuencia necesaria de este o que lo sea de otras causas distintas, el perjuicio es indirecto.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 1616 del Código Civil, aun en el caso de responsabilidad más grave, cual es el del incumplimiento

---

artículo penal no es una mera repetición del antiguo 95, habida cuenta de que recoge evolución doctrinaria en materia de perjuicios morales, como lo es la importante distinción, rica en consecuencias jurídicas, entre el daño moral subjetivo y el daño moral objetivable. Para ilustración del lector transcribimos la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tomada del Código Penal de Legis Editores S. A.: "Son daños materiales los que pueden cuantificarse económicamente, y morales aquellos que escapan, por su misma naturaleza, a la posibilidad de una valoración en dinero".

"La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que no trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina «daño moral subjetivo» y a los segundos «daño moral objetivable».

"Esta segunda categoría, al ser susceptible de valoración económica, penetra en la esfera del daño material o de índole propiamente patrimonial, diferenciándose de este solamente por la naturaleza de la fuente de donde dimana.

"No es a esta clase de daño, entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas, esto es, al que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización.

"Por eso se ha llegado a denominar pretium doloris a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio juez el encargado de indivualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello, porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público de ius puniendi, encomendado al Estado.

"Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el juez dentro del límite máximo fijado por la ley" (C. S. de J., sala de cas. penal, sent., 26 agosto 1982).

La norma vigente es el artículo 97 del C. P. de 2000.

doloso de la obligación, el deudor no está sujeto a la indemnización de toda la cantidad de perjuicios que pueda sufrir el acreedor y que de manera más o menos mediata pudieran atribuirse a ese incumplimiento, sino que dicho texto la limita a "... todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

Es, pues, esta una cuestión de hecho, por cierto difícil, que los jueces han de resolver discretamente en cada caso, atendiendo para ello a la equidad que, a la vez que exige la reparación al acreedor, repugna que el deudor sea condenado a sufrir consecuencias determinadas por causas o factores distintos de su propio incumplimiento y aun de la culpa misma del acreedor[34].

POTHIER ejemplariza esta importante clasificación de los perjuicios, así: el vendedor entrega vaca enferma que contamina los bueyes del comprador; todos estos animales mueren; dicho comprador no puede trabajar su finca ni pagar sus deudas, por lo cual cae en estado de quiebra. La muerte de los semovientes es un perjuicio directo que el vendedor debe indemnizar; mas no así, el lucro cesante producido por la falta de explotación del predio del comprador, ni la quiebra de este, los que él habría podido evitar arrendando sus tierras, o adquiriendo otros bueyes, o buscando recursos distintos[35].

175. c) PERJUICIOS PREVISIBLES E IMPREVISIBLES.—Partiendo del preindicado supuesto de que la indemnización de perjuicios solamente comprende los que sean consecuencia o efecto directo del incumplimiento de la obligación, todavía cabe hacer respecto de ellos otra distinción de importancia traída por la ley: los perjuicios directos pueden ser previstos o previsibles, o pueden ser imprevisibles.

Por regla general, el deudor incumplido únicamente responde "de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato"; de los que entonces eran imprevisibles solo responde en el supuesto de que su incumplimiento fuese doloso o gravemente culposo. Tal es el efecto de esta distinción establecida también de modo expreso por el artículo 1616 del Código Civil.

Plantéase aquí otra cuestión de hecho que los jueces tienen que resolver en cada caso concreto, empleando para ello criterio análogo al que sirve para determinar si un hecho constituye o no caso fortuito. Así, el deudor está obligado a prever lo que es normal, corriente, ordinario, pero no lo insólito y excepcional. Entonces, habida cuenta de la naturaleza de la obligación, de las circunstancias que rodearon la celebración del acto que la originó, etc., ha de averiguarse si el deudor efectivamente previó o si normalmente pudo prever el daño que sufriría

[34] Véanse núms. 161 y ss. supra.

[35] POTHIER, Obligations..., núms. 1060 y 1061; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 1219, págs. 726 y ss.; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. II, núm. 249, págs. 98 y 99; ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 360, págs. 217 y 218.

el acreedor en caso de incumplimiento. Si la respuesta es afirmativa, hay lugar a la indemnización. Pero, si atendiendo a los aludidos factores, tal daño resulta insólito, anormal, sorpresivo, el deudor, aun culpable, no tiene que repararlo.

Ejemplo también clásico a este respecto es el de la pérdida de la valija de un viajero, que contenga objetos de gran importancia y precio, como valiosas joyas o irreemplazables obras de arte. Doctrina y jurisprudencia declaran entonces que el transportador solo responde hasta concurrencia del valor que tendría el equipaje que usual y normalmente suelen llevar las personas en sus viajes. El no denunciarle el viajero al transportador el extraordinario contenido de la valija constituye grave culpa concurrente del primero y que compensa la del segundo, reduciendo esta a sus límites razonables y equitativos[36]. Sin embargo, según ya quedó dicho, el incumplimiento doloso o gravemente culposo sí compromete totalmente la responsabilidad del deudor por todos los perjuicios directos, aun por los imprevisibles, no porque se trate entonces de una responsabilidad extracontractual delictuosa, sino porque esta, al emanar de un contrato, también encuentra su fundamento en el postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos y de las obligaciones, cuyo quebranto no admite indulgencia (malitiis non est indulgendum)[37].

176. d) Perjuicios actuales y futuros.—Esta clasificación no determina un tratamiento diverso de la responsabilidad del deudor por concepto de los unos y de los otros. Por el contrario, ella se plantea para afirmar la necesidad de que la estimación judicial los comprenda por igual. El incumplimiento de la obligación no siempre repercute de modo instantáneo en la órbita jurídica del acreedor, produciendo en esta una lesión presente, sino que el efecto nocivo de aquel puede proyectarse hacia el futuro. Por ejemplo, la muerte del viajero ocasionada por culpa del transportador no solo priva a los hijos de aquel del apoyo económico que con el producto de su trabajo les venía prestando para su subsistencia y educación, sino también del que continuaría prestándoles en el porvenir de no haber sido tronchada accidentalmente su vida. Sería entonces contrario a la economía jurídica que el juez solamente pudiera hacer la evaluación de este perjuicio, actualizada hasta el momento de la demanda o el de proferir su fallo condenatorio, y que los damnificados se vieran en la necesidad de instaurar en el futuro nuevas acciones sucesivas o periódicas para lograr la indemnización del daño que ya desde aquel entonces se sabía que habría de afectarlos. Por ello, como quedó dicho, la doctrina es unánime en afirmar que el incumplimiento del deudor genera a su cargo la obligación actual de indem-

[36] Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 250, pág. 99; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 361, págs. 218 y 219; Colin y Capitant, Cours..., t. II, núm. 106, págs. 98 y 99; Claro Solar, ob. cit., loc. cit.

[37] Colin y Capitant, ob. cit., loc. cit.

nizarle al acreedor todos los perjuicios que tengan por causa dicho incumplimiento, aunque todavía no se hayan realizado, pero con dos condiciones, a saber: que sean ciertos y que su cuantía pueda ser fijada de antemano[38].

177. e) PERJUICIOS CIERTOS Y EVENTUALES.—Como ya quedó dicho, el acreedor insatisfecho carece de legitimación para demandar una indemnización por el incumplimiento del deudor cuando tal incumplimiento no le irrogue daño a aquel. Dedúcese entonces, de esta exigencia que ese daño debe ser cierto y no simplemente eventual o hipotético. Como es obvio, esta cuestión no se plantea cuando el acreedor alega perjuicios actuales, es decir, los ya consumados al tiempo de juzgar la responsabilidad del deudor, puesto que la existencia de ellos debe establecerse plenamente en el respectivo proceso, lo que los reviste de la requerida certeza. Pero, tratándose de perjuicios futuros, esto es, de los que, aun siendo atribuibles al incumplimiento de la obligación, todavía no se han realizado, sino que están en potencia, sí surge el problema de averiguar si efectivamente ellos habrán de ocasionarse y, por ende, el deudor debe ser condenado a indemnizarlos anticipadamente, o si, por el contrario, tales perjuicios son eventuales, vale decir, apenas sí probables, hasta que su no ocurrencia futura llegue a revelar inequidad en la condenación al deudor.

En la opinión de algunos, dicha certeza del perjuicio implicaría un concepto absoluto, en el sentido de que el deudor incumplido solamente puede ser condenado a reparar los daños futuros que se ofrezcan desde ya (in limine) como consecuencia necesaria y fatal del incumplimiento de su obligación[39]. Mas la solución generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia ha sido la de darle al referido requisito un valor relativo, en el sentido de dejar a la prudente discreción de los jueces la calificación de la certeza o eventualidad de los perjuicios futuros[40]. Un ejemplo antes propuesto permite apreciar el alcance que se le suele atribuir a dicho requisito. El hijo que como consecuencia de la muerte del padre pierde el apoyo económico de este, experimenta un perjuicio cierto, porque se dice que dicho apoyo constituye una obligación legal que normalmente cumplen los padres. Por el contrario, a quien viene recibiendo dádivas de la persona que muere en un accidente producido por culpa del transportador, no le es posible demandar de este una indemnización, porque no es cierto que la ayuda meramente ocasionada en la generosidad del donante hubiera continuado de no haber él fallecido. En suma, la certeza o la eventualidad de los perjuicios es otra cuestión de hecho sujeta a la prudente apreciación judicial dentro del marco de una razonable previsión; pero, en caso de duda, debe optarse por la absolución del deudor demandado, según el principio general de derecho in dubio pro reo.

[38] LOUIS JOSSERAND, Derecho civil, t. II, núm. 631; HENRI y LÉON MAZEAUD, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, México, pág. 111.

[39] JOSSERAND, ob. cit., loc. cit.

[40] MAZEAUD, ob. cit., loc. cit.

178. Estipulaciones acerca de los perjuicios.—De la propia manera que las partes pueden modificar las reglas generales relativas a la imputabilidad al deudor del incumplimiento de la obligación y de la efectividad del caso fortuito[41], agravando o atenuando la responsabilidad de aquel, también pueden ellas variar convencionalmente las reglas pertinentes a los perjuicios y al monto de su indemnización, según lo autoriza en forma expresa el artículo 1616 del Código Civil. Así, el deudor puede asumir la indemnización de perjuicios que normalmente no esté llamado a responder por culpa, tales como los indirectos o los imprevisibles, y, a la inversa, puede estipularse que dicho deudor no responda de los perjuicios morales o de algunos de los materiales, aunque sean directos y previsibles, o que el monto de la indemnización se limite a determinada suma. Solo que a estos respectos también funciona la prohibición de condonar el dolo y la culpa grave a este equiparada, y ello por las razones ya expuestas[42]. Esto es, que la atenuación de responsabilidad del deudor en cuanto a la naturaleza de los perjuicios o a su quantum solo es válida cuando tales perjuicios provengan de su culpa levísima o leve.

B. Formas de la estimación del perjuicio

179. Precisión.—Por regla general, corresponde al juez la estimación de los perjuicios alegados por el acreedor. Excepcionalmente la determinan la ley o la convención de las partes. Este planteamiento nos lleva a estudiar por separado: I. La estimación judicial; II. La estimación legal, y III. La estimación convencional.

I. La estimación judicial

180. Criterio general.—Según lo dispuesto por el artículo 1613 del Código Civil, el juez debe apreciar tanto el daño emergente como el lucro cesante sufridos por el acreedor con motivo del incumplimiento de la obligación o de su cumplimiento tardío o defectuoso. Así se logra la realización del principio general de que nadie debe padecer los daños ocasionados por culpa de otro (nemo ex alteria culpa praegravari debet) que gobierna toda la institución de la responsabilidad civil.

El daño emergente (damnum emergens) es la disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio del acreedor (como también la afectación de sus valores morales). El lucro cesante (lucrum cessans) equivale a la ganancia o provecho que el acreedor deja de percibir (art. 1614).

Estos dos factores determinantes de la indemnización que ya se encuentran perfilados en el derecho romano[43], se distinguen claramente en un ejemplo

[41] Véanse núms. 164 y ss. supra.

[42] Véase ibídem supra.

[43] Quantum nihi abest, quantum lucrari potui. Digesto, lib. xliv, tít. 8, fr. 13.

propuesto por POTHIER: si un artista se obliga a dar un concierto e incumple, debe indemnizar al empresario por los gastos que esta haya hecho, tales como los de propaganda, alquiler del teatro, etc. (daño emergente), como también debe pagarle la utilidad que habría obtenido si el concierto se hubiera realizado (lucro cesante).

Atendiendo a este criterio general, que procura la total indemnización del acreedor, pero teniendo en cuenta también las limitaciones legales en cuanto a la naturaleza de los perjuicios y a su vinculación causal con el incumplimiento de la obligación, y las estipulaciones lícitas de las partes que modifiquen el régimen legal de la responsabilidad, el juez debe estimar el quantum de los perjuicios indemnizables.

181. LA PRUEBA DEL PERJUICIO.—Siendo este uno de los elementos axiológicos de la acción indemnizatoria, la carga de su prueba y de su cuantía incumbe al acreedor insatisfecho, según la máxima general actori incumbit probatio. Por tanto, en principio, debe este acreditar plenamente los perjuicios que alegue haber sufrido y la cuantía de ellos.

182. EXCEPCIONES.—Solo en dos casos esta regla sufre excepción, a saber: a) cuando la obligación principal es de pagar una suma de dinero, el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios si únicamente cobra intereses; entonces, basta el solo hecho de la mora (no del retardo)[44]. Se presume aquí que el dinero siempre puede ser colocado productivamente por el acreedor, de no haberlo retenido indebidamente el deudor, y b) cuando se cobra solamente una cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Mediando tal pacto, el perjuicio se presume, sin que pueda alegarse por el deudor que el incumplimiento del contrato no le ha inferido daño al acreedor o que hasta le ha reportado beneficio[45].

II. La estimación legal

183. PRECISIÓN.—Excepcionalmente la ley y ciertas normas jurídicas a ella asimiladas fijan el monto de la indemnización de los perjuicios en forma tal que los jueces, a lo menos en principio, deben atenerse a dicha fijación. En principio, decimos, porque sobre la estimación legal prevalece generalmente la convencional, esto es, la estipulada por los contratantes mediante la cláusula penal y, además, en el caso de la estimación legal de los perjuicios morales, esta solo rige cuando se presenta imposibilidad o dificultad de avaluar judicialmente dichos perjuicios.

[44] C. C., art. 1617, ord. 2º.

[45] C. C., art. 1599.

184. Casos de estimación legal.—Como ejemplos caracterizados de la estimación legal de los perjuicios, se suelen citar los siguientes: a) el de los intereses moratorios en las obligaciones de dinero; b) el de los perjuicios morales, y c) el de la indemnización por los accidentes de trabajo.

A. Los intereses moratorios legales

185. Advertencia.—En este punto nos limitaremos a exponer sucintamente el régimen de los intereses moratorios cuya tasa esté prefijada por la ley u otras normas a ella asimiladas, pues el estudio general de los intereses corresponde mejor al tratado de los efectos especiales de las obligaciones de dinero, del que nos ocuparemos en su lugar[46].

186. El concepto del interés.—El dinero, aunque esté representado por moneda fiduciaria, es decir, respaldada en todo o en parte por la fe del Estado, es también en sí mismo un bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales, ya a cambio de otros bienes, ya al facilitárselo alguien a otro para obtener como contraprestación de este el pago de un rédito o interés.

Teniendo en cuenta la preindicada naturaleza del dinero, su función en el intercambio comercial y la facilidad de su inversión, el legislador reconoce, en general, su rentabilidad o aptitud de producir intereses que así constituyen los frutos civiles del dinero (C. C., art. 717).

187. Clasificaciones de los intereses.—Distingue el Código Civil tres clases de estos: los convencionales que, como su nombre lo indica, son los que las partes señalan contractualmente, los corrientes, que son los que normalmente se cobran en cierto mercado; y los legales, cuya tasa fijan expresamente la ley u otras normas jurídicas.

Además, en razón del régimen pertinente, cabe también distinguir entre los intereses remuneratorios, que son los que devenga el crédito de capital durante el lapso en que el deudor está legitimado para mantenerlo en su poder, v. gr., durante el plazo del mutuo o del concedido al comprador para el pago del precio, y los moratorios, que son los que dicho deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora de pagar ese capital.

188. Los intereses legales.—A imitación de la legislación francesa, nuestro Código Civil incurrió en el error de establecer un interés legal cuya tasa fijó en el 6% anual (arts. 1617 y 2232). Esta tasa rige en los asuntos civiles, a falta

[46] Véanse núms. 438 y ss. infra.

de estipulación convencional o de expresa autorización del interés corriente, en la mora de las obligaciones de dinero (art. 1617); en las prestaciones mutuas (arts. 964, 1746), etc.

Además, en materia mercantil hay que tener en cuenta que el Código de Comercio vigente equipara el interés legal comercial con el interés bancario corriente (arts. 883 y 884).

189. Efecto de los intereses moratorios legales.—Precisado el concepto de conformidad con las precedentes explicaciones, se tiene que estos son los que corren a cargo del deudor, a título de indemnización de perjuicios, desde el momento en que se constituye en mora de pagar una obligación de dinero, y cuya tasa está prefijada por la ley.

Preceptúa el artículo 1617 del Código Civil: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes...".

De suerte que, según este texto, el interés legal solamente se tendrá en cuenta para los efectos de la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de las obligaciones de dinero, cuando las partes no han fijado un interés convencional moratorio o uno remuneratorio superior al legal y, además, la ley no haya autorizado para el caso el cobro de intereses corrientes. Por ejemplo, si en un asunto civil no se han pactado intereses moratorios, se ha estipulado un interés remuneratorio del 3%, y no hay autorización especial para cobrar intereses corrientes, el interés moratorio es el legal del 6% fijado por el Código Civil. Con otras palabras, el orden de prelación en el pago de los intereses moratorios establecidos por el citado artículo 1617 es, a saber: el interés moratorio convencional, el interés remuneratorio convencional superior al legal, el interés corriente especialmente autorizado y, en último término, el interés legal.

190. La determinación del interés legal moratorio.—Hay que distinguir, según que el asunto sea civil o mercantil, así:

1º) Si se trata de operación civil, el interés moratorio legal es del 6% anual (C. C., art. 1617, 1ª).

2º) Si se trata de negocio mercantil, el interés moratorio legal es, según la reciente ley 510 de 1999, una y media veces el interés bancario corriente (art. 111).

Nótese, según ya se dijo, que aquí se parte del supuesto de que no hay fijación convencional del interés moratorio, la que está sujeta a reglas propias[47].

[47] Véanse núms. 217 y ss.

191. La prueba del interés.—La presunción según la cual todo el mundo conoce la ley desde que esté en observancia (C. C., art. 9º y C. P. M., art. 56), obviamente se proclama respecto de los jueces, ante quienes así solo hay que acreditar los hechos constitutivos de las situaciones fácticas que sirven de presupuesto para la aplicación de aquella. Por tanto, cuando en materia civil hay lugar al pago del interés legal fijado en el 6% por los artículos 1617 y 2232 del Código Civil, dicha tasa se aplica de iure.

Por lo que respecta a la prueba del interés en materia mercantil, remitimos al lector a las explicaciones que encontrará más adelante, cuando tratemos el tema de las obligaciones de dinero.

192. Los intereses moratorios y los perjuicios adicionales.—Aquí se plantea una cuestión bien discutida, a saber: si como consecuencia del incumplimiento de una obligación consistente en dinero, el acreedor, además del lucro cesante indemnizable con el pago de intereses moratorios sufre otros perjuicios, como sería el daño emergente producido por una modificación cambiaria de la moneda estipulada, ¿esos perjuicios adicionales deben o no ser indemnizados por el deudor moroso?

Inspirado en el pensamiento de Pothier al respecto, el Código de Napoleón dispuso en su artículo 1153 que "los perjuicios resultantes del retardo en la ejecución no consisten jamás sino en la condenación a los intereses fijados por la ley". Sin embargo, la jurisprudencia francesa, interpretando este texto en concordancia con las reglas generales sobre la indemnización de los perjuicios directos causados por el incumplimiento de las obligaciones, ha declarado que dicho texto solamente significa que el retardo del deudor apareja el pago de intereses legales; pero que si, por causa distinta de dicho retardo, el acreedor sufre otros perjuicios, estos deben serle indemnizados independientemente y mediante la estimación judicial de ellos. Después, el legislador francés creyó conveniente ofrecer una interpretación auténtica al respecto, y así, por ley de abril 7 de 1900, adicionó el citado artículo 1153, con este inciso: "El acreedor, a quien el deudor en retardo le haya causado por su mala fe un perjuicio independiente de este retardo, puede obtener indemnización moratoria distinta de los intereses del crédito". Sin entrar en las críticas que ha suscitado en Francia esta reforma legislativa[48], bástenos verificar que en dicho país, aun antes de 1900, la jurisprudencia admitía la indemnización de los perjuicios causados por la mora del deudor de dinero, distintos del lucro cesante representado por los intereses del capital, solución esta expresamente acogida por las legislaciones suiza y alemana[49].

[48] Véanse Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 270, págs. 105 y 106.

[49] Ibídem, núm. 271, pág. 106.

El problema también ha sido tema de discusión en la doctrina chilena. Algunos no aceptan la precitada solución[50], al paso que otros la sustentan[51].

Nosotros nos inclinamos a esta última posición por considerar que ella se acomoda mejor a una interpretación científica de la ley y supera los argumentos derivados de un criterio meramente exegético. La regla 2ª del artículo 1617 del Código Civil no reduce la indemnización de los perjuicios causados por la mora del deudor al pago de intereses, sino que, por el contrario, da a entender que el incumplimiento de este puede producir otros perjuicios distintos: "El acreedor no tiene que justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo (mora)", dispone este precepto. Aun en el supuesto de que se limite el alcance de dicha regla a la exoneración al acreedor de la prueba del lucro cesante cuando solo cobra intereses, como algunos lo pretenden, por sobre ella hay otros principios de carácter más general, como el consagrado por el artículo 1613, que ordena la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, "ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento", principio que, a su vez, es aplicación del máximo postulado del derecho: neminem laedere (art. 2341). Esto es lo que manda la equidad, norte y guía de toda hermenéutica jurídica, según bien lo han entendido la jurisprudencia francesa y las legislaciones suiza y alemana. Agrégase a esta razón superior que, conforme a la tradición constante del derecho latino, el deudor doloso es responsable aun de los perjuicios imprevisibles (art. 1616), y que la mora hace responsable al deudor hasta del caso fortuito sobreviniente (art. 1604), esto es, que la solución contraria propiciaría la impunidad de tal especie de deudores de mala fe y no se compadecería con el régimen general de la mora.

Cierto es que esta solución que acogemos no está exenta de las dificultades que suscita la estimación judicial de esos perjuicios adicionales, especialmente en lo relativo a la imputabilidad de ellos al incumplimiento del deudor y a su calificación como perjuicios directos o indirectos, previsibles o imprevisibles. Pero esta dificultad, que se ofrece en todo caso de estimación judicial, no abona la solución contraria que, de modo simplista, prefiere eludir el problema negando la indemnización de tales perjuicios contra los dictados de la equidad.

B. Los perjuicios morales

193. Remisión.—Al tratar de esta clase de perjuicios dijimos que, en razón de la dificultad y aun de la imposibilidad de evaluarlos en muchos casos, el artículo 95 del Código Penal (véase art. 97 del C. P. vigente) fija la indemnización de dichos perjuicios hasta en la exigua suma de dos mil pesos, pero que

[50] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 1264, págs. 764 y ss.

[51] Cfr. Alessandri, Teoría de las obligaciones, t. iii, págs. 110 y 111; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 372, págs. 223 y 224.

esta estimación legal puede ser variada por el juez, de no encontrar esos supuestos de dificultad o imposibilidad. Y también es bueno recordar que una retirada jurisprudencia de la sala de casación civil de nuestra Corte Suprema de Justicia tiene establecido que "para la satisfacción del daño moral, no proveniente de infracción de la ley penal o de casos expresamente considerados en el Código de Comercio o en otras leyes, reafirma su tesis de que para regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, los jueces civiles no están ligados por lo que dispone el artículo 95 del Código Penal, ni por lo que ahora dispone en sus artículos 106 y 107; el monto de ese daño moral por ser inconmensurable, no puede ser materia de regulación pericial, sino del arbitrium iudicis; que aunque el daño moral subjetivo no puede ser totalmente reparado, sí pueden darse algunas satisfacciones equivalentes ...". (Cas. civ., 2 julio 1987, "G. J.", t. CLXXXVIII, pág. 19).

C. Los accidentes de trabajo

194. Concepto.—El Código Sustantivo del Trabajo le impone al patrono la obligación de indemnizar a sus trabajadores o a los sucesores de estos los daños causados por accidente de trabajo o por enfermedades profesionales, según tablas pormenorizadas de evaluación de esos daños.

En opiniones bien generalizadas, se ha creído encontrar en esta materia una especie de responsabilidad extracontractual, o un caso de estimación legal de perjuicios, y hasta una consagración legislativa de la responsabilidad objetiva fundada en el ejercicio por el patrono de actividades peligrosas.

En nuestro sentir, tales opiniones son equivocadas. Nuestra legislación, inspirada en la tradición latina, consagra invariablemente el sistema de la responsabilidad subjetiva, basada en la imputabilidad moral del daño por indemnizar, esto es, en la ilicitud (dolo o culpa) del agente, solamente tratada con mayor rigor mediante la presunción de la culpa en la responsabilidad contractual (art. 1604), y en ciertas hipótesis de la extracontractual (art. 2356), presunción extendida por la jurisprudencia a las actividades peligrosas y a las relaciones de vecindad. La indemnización por los accidentes de trabajo nada tiene que ver con la responsabilidad civil en ninguna de sus especies. Es una institución propia del derecho laboral y fundada en los criterios específicos y distintos con que este opera. En dicha responsabilidad, tanto en su concepción subjetiva latina como en la objetiva germánica, la imputabilidad moral o sicofísica, respectivamente, es un elemento esencial. Por el contrario, desde que el derecho laboral se independizó del rudimentario contrato civil de arrendamiento de servicios, adoptó como su criterio primordial, de inspiración socioeconómica, la protección de la clase trabajadora, mediante la imposición a la patronal, por ser más pudiente, de obligaciones de imperativo cumplimiento en pro de aquella. Así, el contrato de trabajo implica prestaciones para el trabajador, distintas del pago de salario y emanadas de la naturaleza de dicho contrato, tales como el auxilio

de cesantía, el de enfermedad, las vacaciones remuneradas, la indemnización por los accidentes de trabajo, etc., sin que pueda decirse, aferrándose a un criterio civilista extraño, que esas prestaciones sociales tengan que encajarse o que, por el contrario, hagan excepción a los principios generales del derecho privado, v. gr., que el patrón deba pagarlas por ser él responsable de la vacancia, o de la enfermedad o del accidente del trabajador.

En conclusión, a nuestro modo de ver, ni la indemnización por accidente de trabajo configura un caso de responsabilidad civil, ni su estimación legal se ubica en nuestro tema de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones.

III. La estimación convencional (La cláusula penal)[52]

A. Concepto y campo de acción de la cláusula penal

195. Concepto.—Es el que ofrece el artículo 1592 del Código Civil al definir: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

196. Referencia histórica.—La cláusula penal encuentra sus orígenes en la stipulatio poenae del derecho romano. Al decir de algunos, la función que ella estuvo llamada a cumplir allí habría variado fundamentalmente. Así, se suele afirmar que, en la época clásica de aquel sistema, el principal empleo de la estipulación penal era el de caucionar aquellas promesas, por cierto bien numerosas, que no alcanzaban obligatoriedad iure civile, como las contraídas por los incapaces y las emanadas de los simples pactos en que no se hubieren observado las solemnidades legales, al paso que en el derecho moderno esa función se habría transformado y reducido a la de una estimación anticipada de los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación. En nuestro sentir, esta opinión generalizada entre los civilistas franceses y que encontraría

[52] Cabe advertir aquí, para la mejor comprensión del tema, que hemos preferido tratar en conjunto la cláusula penal en general y sus aplicaciones concretas en el campo de la indemnización de perjuicios, apartándonos así del método de algunos tratadistas, quienes se ciñen al de nuestro Código Civil y así consideran que dicha cláusula determina un régimen especial de ciertas obligaciones, el de "las obligaciones con cláusula penal". Además, el examen general de la cláusula penal en este punto cobra señalada importancia porque, según ya quedó dicho, la estimación convencional de la indemnización de los perjuicios, la que se realiza mediante dicha cláusula, tiene prelación sobre la estimación legal y la judicial.

asidero en la redacción del artículo 1229 del Código de Napoleón[53], no es de recibo, a lo menos frente a nuestro ordenamiento, principalmente inspirado al respecto en el derecho romano y en el español antiguo, y cuyas determinaciones, iguales o próximas a las del Digesto y las Siete Partidas, permiten distinguir, según lo veremos adelante, la variada utilidad de la cláusula penal, que rebasa el dicho servicio restringido que ahora se le ha pretendido asignar, es decir, que la institución continuaría cumpliendo otras funciones distintas de la de constituir una estimación anticipada de perjuicios.

B. Características generales de la cláusula penal

197. Enumeración.—La ya transcrita definición legal ofrece las principales características de la cláusula penal, a saber: a) constituye ella un acto jurídico; b) genera una obligación distinta de la principal; c) la obligación penal es accesoria de la principal, y d) dicha obligación penal es de naturaleza condicional. Veamos en qué consisten estas notas y las consecuencias que de ellas se derivan.

198. a) La cláusula penal es acto jurídico.—Como su nombre lo indica la mencionada cláusula constituye una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a crear una obligación, esto es, que ella estructura un típico acto jurídico. Aunque generalmente la cláusula penal constituya en sí misma un contrato o sea parte de un contrato, también puede ofrecerse bajo la forma de un acto unipersonal o compromiso unilateral de quien por su sola voluntad se obliga para con el acreedor de la obligación principal. Así, en la oferta el proponente bien puede sujetarse a una pena para el supuesto de no respetarla. Y, de otro lado, la expresión cláusula no significa que ella necesariamente haya de referirse a otra obligación principal también emanada de un acto o contrato, ni que deba encontrarse inserta en este. En primer lugar, no hay inconveniente en que la cláusula penal se refiera a una obligación nacida de cualquier fuente, v. gr., del hecho ilícito, como cuando un tercero cauciona con ella el pago de los perjuicios que hayan de deducirse a cargo del agente de tal hecho. La idea en contrario, especialmente ante ejemplos como el propuesto, solo puede obedecer a la indebida reducción de las funciones de la cláusula a la de estimación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento de una obligación principal[54]. En segundo lugar, hoy ya no se discute que la cláusula penal pueda pactarse en un acto separado y aun posterior a otro que dé nacimiento a la obligación principal.

[53] "La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de estos hacen las partes"; Planiol y Ripert, Traité élémentaire..., t. II, núm. 254, pág. 101; Colin y Capitant, Cours..., t. II, núm. 106, págs. 98 y 99.

[54] Así, Alessandri y Somarriva solo admiten la cláusula penal pactada "siempre con anticipación a la producción de los perjuicios", Derecho civil, t. III, núm. 374, pág. 224.

199. b) Obligación penal y obligación principal.—Infiérese también esta característica de la definición legal que indica que la pena es objeto diferente del propio de la obligación principal. Parte la ley del supuesto de que el deudor deja de ejecutar o retarda la prestación debida principalmente, dando así lugar a la exigibilidad de otra prestación distinta: la pena "que consiste en dar o hacer algo". De manera que, así como la obligación principal puede ser de dar, de hacer o de no hacer, la obligación penal puede tener por objeto una prestación de cualquiera de estas tres clases: por ejemplo, el incumplimiento de una obligación de dar una cosa puede ocasionar, a título de pena, la necesidad de dar otra cosa distinta, o de realizar un hecho positivo como la prestación de un servicio, y, aunque la ley no lo diga, también la de abstenerse de realizar un acto cualquiera.

200. Obligación penal y obligación alternativa.—La nota característica que se viene examinando diferencia fundamentalmente la obligación penal de la alternativa. En esta hay un solo vínculo jurídico que abarca dos o más objetos (in obligatione), pero que se extingue con el pago de uno solo de ellos, generalmente a elección del deudor y excepcionalmente del acreedor. A le debe a B $ 1.000 o un caballo, pero aquel puede liberarse, o bien pagando la expresada cantidad de dinero, o bien dando el caballo. Si la elección le corresponde al deudor, este puede vender el caballo, puesto que se libera de su obligación alternativa con el pago en dinero; pero si dicha elección compete al acreedor, aquel deberá conservar el caballo, pues de no hacerlo incurre en responsabilidad, si el acreedor opta por exigir este objeto[55].

La cláusula penal, por el contrario, implica siempre la existencia de dos obligaciones distintas: la principal nacida de cualquier fuente y que tiene su propio objeto, y la obligación penal que emana de dicha cláusula y cuyo objeto es la pena estipulada. Hay pues aquí dos vínculos obligatorios diferentes y con objetos igualmente distintos, lo cual no permite confundir esta figura con la de la obligación alternativa que, se repite, está constituida por un vínculo jurídico único que recae sobre dos o más objetos. El acreedor beneficiario de la cláusula penal no tiene opción para exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena, antes de que el deudor esté constituido en mora respecto de aquella (art. 1594). Cierto que, en principio, lo mismo que sucede cuando la obligación es alternativa, dicho acreedor amparado por la cláusula penal, aun constituido el deudor en mora, no puede pedir simultáneamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena, sino que entonces debe elegir entre tales extremos, y que satisfecho con la prestación que elija, el deudor queda liberado de ambas obligaciones. Sin embargo, este último efecto no se produce cuando aparece que la pena se ha estipulado por la sola mora del deudor o sin perjuicio de la obligación principal (art. 1594), casos estos en que el acreedor sí puede exigir simultáneamente dicha obligación principal y la pena,

[55] C. C., arts. 1556 y ss. y 1605.

quedando así excluida la aparente semejanza con la obligación alternativa, en la cual el deudor nunca está obligado a pagar sino uno solo de los objetos de ella. Además, en la obligación alternativa la elección del objeto puede corresponder indistintamente al acreedor o al deudor; pero mediando cláusula penal, esa opción, una vez constituido el deudor en mora, es privativa del acreedor, nunca de aquel, quien no puede oponerse a la acción de cumplimiento de la obligación principal, alegando estar dispuesto a pagar la pena en vez de ella[56].

201. Obligación penal y obligación facultativa.—El ser distintas entre sí la obligación penal y la principal a que ella accede, permite asimismo diferenciar dicha obligación penal de la facultativa. En esta última también existe solamente un vínculo jurídico que recae sobre un objeto único (in obligatione); pero el deudor está facultado para liberarse mediante el pago de otro objeto distinto (in facultate solutionis). A le debe a B un caballo, pero se estipula que en lugar de este puede pagar mil pesos. Mientras A no esté constituido en mora de dar el caballo que debe, bien puede venderlo o dejarlo perecer sin incurrir en responsabilidad, puesto que puede cumplir entregando el dinero[57]. Por el contrario, en tratándose de la cláusula penal, el deudor no puede escoger entre cumplir la obligación principal o pagar la pena, pues la opción al respecto, según quedó dicho, nunca le corresponde a él, sino al acreedor. Por este aspecto diferéncianse, pues, fundamentalmente, los dos tipos de obligaciones. Ahora, si en una cláusula penal se estipulase lo contrario, es decir, que el deudor pudiera elegir entre la obligación principal y la pena, dicha cláusula perdería su propia naturaleza y, entonces, sí degeneraría en el pacto de una obligación facultativa sujeta a un régimen diferente del que corresponde a la obligación penal.

202. c) La obligación penal es accesoria.—El artículo 1499 del Código Civil clasifica los contratos en principales y accesorios, con este alcance: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". El criterio es inexacto y, por ende, lo es la clasificación. Todo contrato subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales: así, la restitución que debe hacer el acreedor prendario después de pagada la obligación garantizada se explica por el contrato de prenda y no por el que hubiera generado la obligación principal. Y la cláusula penal subsiste como acto jurídico por sí mismo en cuanto reúna los requisitos de la ley y, por ello, produce efectos aun después de extinguida aquella obligación; precisamente, dicha cláusula solo cobra eficacia cuando el deudor

[56] Claro Solar, ob. cit., t. x, núm. 574; en contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núms. 383 y 396, págs. 227 y 234.

[57] C. C., arts. 1562 y ss.

incumple la obligación principal. No hay, en consecuencia, contratos principales y accesorios, sino contratos que producen derechos u obligaciones principales, como la compraventa, la permuta, la sociedad, etc., y otros que dan lugar a derechos accesorios, como el prendario y el hipotecario, o a obligaciones de la misma índole, como la que contrae el fiador y la obligación penal. Entonces, lo cierto es que, en principio, la causa final de la estipulación penal es la de sancionar el incumplimiento de una obligación principal, de donde surge un vínculo de dependencia de la pena a esta obligación, pero no a la inversa, y de donde se derivan consecuencias que se exponen seguidamente[58].

203. La inexistencia inicial de la obligación principal.—Si la obligación principal no existe ab initio porque no ha podido nacer, la obligación penal accesoria queda también condenada a la ineficacia. Así, la falta de consentimiento en el contrato que genera la primera, o la imposibilidad natural del objeto de ella, como cuando se ha estipulado la entrega de un ser mítico, no solamente obsta el nacimiento de la obligación principal, sino también el de la penal que a ella accede.

204. La nulidad de la obligación principal.—Lo últimamente dicho también sucede cuando la nulidad afecta totalmente la obligación principal, como en los casos de ilicitud del objeto o de la causa, o de incapacidad absoluta de los agentes (art. 1741). Si la prestación de dicha obligación principal, o los móviles o motivos determinantes del acto que la genera son ilícitos, ella no debe ser cumplida, como tampoco la cláusula penal, porque esta, en sí misma, también adolecería de causa ilícita por enderezarse a garantizar prestaciones contrarias al orden público. Y en el caso de la incapacidad absoluta de los agentes, como "sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución" (art. 1504), la eficacia de la cláusula penal está así expresamente descartada por la propia ley.

En lo que toca con la nulidad relativa, cabe distinguir: si esta destruye totalmente la eficacia de la obligación principal, como en los casos de un vicio dirimente del consentimiento, error, fuerza o dolo, igual suerte corre la penal; pero si aquella se transforma en una obligación natural, v. gr., por haber sido contraída por un incapaz relativo, menor adulto o disipador interdicto, la obligación penal subsiste, siempre y cuando que el deudor de esta sea un tercero y que la cláusula penal sea válida en sí misma (art. 1529); pues si la cláusula penal ha sido pactada por el mismo deudor de la obligación principal, concurriendo en ambas el mismo motivo de nulidad, este las afecta por igual. Así mismo, si la obligación penal fue contraída por un tercero, pero la cláusula no reúne las condiciones legales para su validez, dicha obligación es ineficaz, independientemente de que la principal pueda serlo o no.

[58] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 384, pág. 227.

De las anteriores precisiones resulta que la fórmula categórica con que se inicia el artículo 1593 del Código Civil, inspirada en la inexacta clasificación de los contratos en principales y accesorios, no puede ser recibida al pie de la letra: "La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no acarrea la de la obligación principal". Tal fórmula es verdadera en principio, pero no tiene el alcance absoluto que aparenta, según quedó explicado.

205. La extinción de la obligación principal.—La accesión o dependencia de la obligación penal respecto de la principal igualmente explica la extinción simultánea de ambas, salvo la excepción de que la obligación principal se extinga por el incumplimiento del deudor. Así, el pago, la novación sin reservas, la remisión, la compensación, la confusión y la prescripción, al extinguir la obligación principal, producen el mismo efecto respecto de la pena accesoria.

Sin embargo, en los casos de imposibilidad sobreviniente de la prestación debida como principal y de la resolución del contrato que la genera, cabe hacer distinciones de importancia.

La imposibilidad inicial de la obligación principal, hipótesis que comprende la pérdida de la cosa antes de celebrarse el acto que la sustenta, impide el nacimiento de dicha obligación, lo que también sucede cuando esa imposibilidad o la pérdida de la cosa ocurren después de que aquella ya se ha formado normalmente. Mas esto no significa que, extinguida la obligación principal por imposibilidad en su ejecución, el deudor siempre haya de quedar liberado de responsabilidad, pues si tal extinción proviene de su culpa o dolo, o aun cuando él haya asumido el caso fortuito, aquella obligación principal se sustituye por la de indemnización de perjuicios, y, como precisamente la cláusula penal implica una estimación anticipada de esos perjuicios, la obligación penal subsiste y se hace exigible. Y lo propio sucede cuando el acreedor ejerce el derecho que la ley le confiere de pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor. La decisión judicial favorable al respecto destruye dicho contrato y, en cuanto esto sea posible, retrotrae efectos producidos por él, en forma tal que las partes sean restituidas al estado anterior a su celebración. Pero la resolución del contrato a que da lugar el incumplimiento de la obligación principal no cobija la cláusula penal ni la obligación que de esta emana, porque, teniendo la acción resolutoria y la referida cláusula por fundamento jurídico y por fin la sanción del incumplimiento del deudor, ellas no se excluyen entre sí, sino que se complementan. La ley autoriza expresamente al acreedor para acumular la acción resolutoria, cuando esta es procedente, y la de indemnización de perjuicios (art. 1546). Ahora, como estos pueden ser estimados convencional y anticipadamente mediante la cláusula penal, lo que le reporta a dicho acreedor la ventaja de quedar exonerado de la prueba de ellos y de su cuantía, repugna a la lógica jurídica que el incumplimiento del deudor que motiva la resolución prive a aquel de dicha ventaja, so pretexto de ser la obligación penal accesoria

de la emanada del contrato resuelto. La solución contraria autorizaría ad absurdum la tesis de que, como la obligación de indemnizar perjuicios es sucedánea de la obligación principal, resuelta esta, el incumplimiento del deudor debería quedar impune, esto es, extinguida la obligación indemnizatoria ocasionada por tal incumplimiento.

206. La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación principal.—La naturaleza de la obligación principal, según que esta sea divisible o no, determina, en principio, régimen análogo para la obligación penal accesoria. Si aquella versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible, la pena también lo será, desde luego si ella consiste en una prestación susceptible de división. Por el contrario, si la obligación principal es natural o jurídicamente indivisible, en principio la pena sigue el mismo régimen. El Código Civil, en sus artículos 1596 a 1598 regula especialmente esta consecuencia del vínculo de dependencia que une a dichas obligaciones, por cierto de modo incompleto y colocándose en la hipótesis de que una y otra se hayan formado entre sujetos simples, vale decir, con un solo acreedor y un solo deudor. El primero de tales textos (art. 1596) se refiere al supuesto de que el acreedor acepte la división de la obligación principal; el segundo (art. 1597), al caso de que el deudor único fallezca y deje varios herederos, convirtiéndose así las dos obligaciones pasivamente en obligaciones de sujetos plurales; y el último (art. 1598) contempla la indivisibilidad del crédito hipotecario garantizado con cláusula penal.

Lo primero que cabe advertir frente a las mencionadas previsiones legales, reducidas en la forma dicha, es que ellas también son aplicables a las hipótesis en que la obligación principal, o la penal, o ambas, se formen inicialmente con varios deudores[59], y que la pluralidad de los acreedores, originaria o no, igualmente determina consecuencias especiales cuando está en juego la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones en cuestión.

207. La división entre sujetos simples.—Según lo veremos adelante, la indivisibilidad de las obligaciones no tiene mayor trascendencia cuando estas son de sujetos simples, porque entonces, aunque el objeto sea divisible, como si se trata de una suma de dinero, el acreedor no puede ser obligado a recibir por partes (art. 1649), lo que significa, en principio, que todas las obligaciones de sujetos simples son jurídicamente indivisibles. Sin embargo, bien puede aceptar el acreedor de cosa divisible el pago parcial de esta y hasta puede estar obligado a ello en los casos de prorrateo de créditos por cesión de bienes, concurso o quiebra del deudor. El citado artículo 1596 se coloca en esta hipótesis de pago parcial de la obligación principal para concederle al deudor el derecho de pedir la reducción proporcional de la pena, lo que también implica la división de esta. Por ejemplo, A le debe a B treinta cargas de café y estipula una pena de $ 30.000

[59] Pothier, Obligations..., núm. 385; Claro Solar, ob. cit., t. x, núm. 602.

para el caso de incumplimiento de aquella obligación. Pagadas a B diez de las cargas debidas, A puede pedir la rebaja proporcional de la pena a $ 20.000.

Como es claro, la precitada regla es inaplicable cuando una de las dos obligaciones es naturalmente indivisible o cuando expresamente se ha estipulado la pena para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación principal. Así, si esta tiene por objeto la entrega de un caballo, quedando descartado el supuesto de pago parcial, tampoco puede haber lugar a la división o reducción de la pena. Y, a la inversa, cuando la obligación principal es de pagar $ 1.000 y la pena consiste en dar un caballo, si el acreedor recibe $ 500, ya no puede exigir el caballo. Esta última solución, que no ha sido expresamente contemplada por la ley, encuentra asidero, a nuestro entender, en los principios generales que gobiernan la materia. La reducción de la pena divisible, consagrada por el artículo 1596, se funda en la equidad, según opinión dominante que se remonta al derecho romano. Considerada la pena como una indemnización por el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor no puede pedirlas ambas a un mismo tiempo, sino cualquiera de las dos a su arbitrio (art. 1594). Luego, si se allana a recibir parte de la obligación principal divisible, este acto debe interpretarse como que dicho acreedor ha optado por el cumplimiento de esa obligación principal y renunciado a la pena, pues si se le permitiera, en nuestro ejemplo, recibir los $ 500 y posteriormente reclamar el caballo objeto de la pena, se quebrantaría el citado principio de equidad; se cohonestaría un enriquecimiento injusto de dicho acreedor, equivalente al pago parcial de la obligación principal. Pero, como ya quedó advertido, esta interpretación no tiene cabida, como tampoco la reducción de la pena, aun siendo esta divisible, si se ha pactado expresamente para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación principal, o si el acreedor y el deudor, al efectuarse el pago parcial, dejan también expresamente a salvo el derecho del primero a cobrar la pena, ya que la ley concede a los interesados amplia autonomía contractual, hasta el punto de que les permite estipular que el pago de la pena deje a salvo toda la obligación principal (art. 1594).

Conviene observar que en punto de la reducción o división de la pena como consecuencia del pago parcial de la obligación principal nuestro ordenamiento es superior al francés, por dos aspectos: conforme al citado artículo 1596, es potestativo del deudor pedir o no la reducción de la pena, y ella debe hacerse proporcionalmente a la parte solucionada de la obligación principal, mientras que el código francés deja a discreción del juez, tanto el conceder la reducción, como el señalamiento de su cuantía (art. 1231).

208. La división entre deudores plurales.—Preceptúa el inciso 1º del artículo 1597 que "cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra

los coherederos que no han contravenido a la obligación". A le debe a B treinta cargas de café y la pena es de $ 30.000. Si A muere y deja tres hijos, cada uno de ellos tendrá que pagarle a B diez cargas de café, o, a título de pena, $ 10.000. Por consiguiente, si uno de ellos incumple, el acreedor solamente tiene acción contra este para cobrarle, a su arbitrio, las diez cargas o los $ 10.000, pero no tiene acción penal alguna contra los otros dos coherederos cumplidores.

Por el contrario, si la obligación principal es indivisible o si lo es la penal, ya no es aplicable la precitada regla sobre la división de la pena, sino las que exceptúan dicha regla, conforme al propio artículo 1597, que continúa diciendo: "Exceptúase el caso en que habiéndose puesto la cláusula penal con intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor. Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible". De manera que si la obligación principal es indivisible naturalmente, por ejemplo, porque su objeto sea dar un caballo y la pena consiste en pagar $ 300, si uno de los tres herederos del deudor ha impedido la tradición del caballo, el acreedor puede optar por uno de estos arbitrios: o renuncia a la indivisibilidad consecuencial que la ley le atribuye a la pena por ser esta accesoria de obligación indivisible, y le cobra a cada heredero los $ 100 correspondientes a su cuota en la pena, quedándoles a estos a salvo el derecho de reembolso contra el culpable; o se prevale el acreedor de dicha indivisibilidad legal y persigue al heredero o herederos culpables por la totalidad de la pena. Lo dicho también se aplica cuando la pena es en sí misma natural o jurídicamente indivisible. Así, si esta consiste en la entrega de un caballo, el acreedor puede exigírselo a cualquiera de los herederos del deudor que los posea (art. 1583, 2º). Y si la pena, siendo naturalmente divisible, como cuando consiste en pagar $ 300, se hace jurídicamente indivisible porque se ha puesto expresamente con la intención de que no pueda ejecutarse parcialmente la obligación principal, el acreedor puede renunciar a esta indivisibilidad y cobrar a cada heredero del deudor la cuota que le corresponda en la pena, o puede también dicho acreedor prevalerse de la estipulación y cobrarle la totalidad de la pena al heredero o a los herederos que hayan impedido el cumplimiento de la obligación principal.

Considerada la divisibilidad o indivisibilidad de la pena por el aspecto pasivo del vínculo obligatorio, el artículo 1598 del Código Civil autoriza el cobro total de ella cuando está garantizada con hipoteca. Dispone este artículo: "Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar". Trátase aquí de una aplicación de la indivisibilidad legal de la hipoteca y de la prenda (arts. 1583 y 2433)[60].

[60] Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., t. x, núm. 600.

209. La división entre acreedores plurales.—Pasan por alto los citados textos legales que regulan la divisibilidad o indivisibilidad de la pena, la hipótesis de que esta haya sido en favor de varios acreedores o de uno solo que posteriormente sea sustituido por varios sucesores. Si tanto la obligación principal como la penal son divisibles, la cuestión no ofrece problema: cada acreedor o cada heredero del acreedor primitivo solo podrá exigir su cuota en tales obligaciones. A les debe a B y C treinta cargas de café so pena de pagarles $ 30.000, e incumple la obligación principal. B o C solamente podrá exigir o las quince cargas que le corresponden o la pena proporcional de $ 15.000. Y si cualquiera de estos muriese y dejase tres herederos, cada uno de ellos solo podría exigir cinco cargas de café o $ 5.000.

Pero si la obligación principal es indivisible, mas no así la pena, como si A les debe a B y a C un caballo, so pena de pagarles $ 200, surge el interrogante respecto al derecho que cada uno de estos tenga en la obligación penal. La opinión dominante en el derecho latino ha sido la propuesta por el jurisconsulto Paulo: cada acreedor o cada heredero del acreedor solo puede reclamar su cuota en la pena divisible; tal es también la solución que se impone en nuestro ordenamiento, habida cuenta de los principios generales que informan la materia. Dicho está que, según estos, la pena se mira como una indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal y que la equidad repugna, salvo pacto en contrario, la acumulación de aquella pena y de esta obligación. Por tanto, si el deudor no cumple esta última, cada uno de sus acreedores o cada uno de los herederos de estos solo podrá exigirle la cuota que le corresponda en la pena divisible y no la totalidad de ella, pues de admitirse esto último, se autorizaría el cobro de más del valor del perjuicio sufrido. Paulo ejemplariza esta solución así: A se obliga para con B y sus herederos a permitirles el paso por el predio de aquel, so pena de pagar cierta suma de dinero; muerto B, A cumple su obligación indivisible en pro de los herederos de aquel, excepción hecha de uno de ellos. Este heredero en ningún caso podría, sin incurrir en dolo, reclamar cuota mayor de la pena de la que le correspondería en el caso de que A les hubiera impedido el paso a todos los herederos de B[61].

Conviene agregar aquí que si la obligación penal tiene varios acreedores y es en sí misma indivisible, como cuando tiene por objeto la entrega de un caballo, se rige por las normas de esta especie de obligaciones. Así, cada uno de los acreedores y cada uno de los herederos de uno de los acreedores puede exigir la totalidad de la pena (arts. 1584 y 1585).

210. La independencia de la obligación principal.—La obligación penal es dependiente de esta, pero no a la inversa. Por consiguiente, la inexistencia, la nulidad, la extinción y la divisibilidad o indivisibilidad de la pena no repercute sobre la obligación principal. Así, si la obligación penal no puede

[61] Ibídem, núm. 603.

nacer por tener objeto imposible, como cuando versa sobre la entrega de cosa parecida con anterioridad, la obligación principal conserva toda la eficacia que le es propia. Si la cláusula penal resulta afectada de un vicio que apareje su nulidad, como el objeto ilícito, la incapacidad de los agentes, el error, la fuerza o el dolo dirimentes, etc., la obligación principal subsiste, en cuanto sea válida en sí misma (art. 1593). Si la obligación penal se extingue, en principio, la principal la sobrevive, a condición de que la extinción de aquella no se opere por uno de los modos que implican la satisfacción del derecho del acreedor, porque de ocurrir esto último, como en el caso de que el acreedor reciba el pago de la pena, es obvio que él ya no pueda exigir ni la obligación principal ni la indemnización de perjuicios, a menos que dicha pena se haya pactado dejando a salvo estas o alguna de ellas (art. 1549).

211. d) La obligación penal es condicional.—Surge también esta característica de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (art. 1592). Trátase, por tanto, de una condición, ya que al tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempo debidos (art. 1530).

La referida condición, si bien aparentemente siempre es negativa por cuanto su enunciado genérico se refiere al incumplimiento de la obligación principal, en realidad ella puede ser positiva o negativa inversamente al objeto de esta obligación; si este objeto es de dar o de hacer, la condición que modaliza la obligación penal es negativa, porque ella se realiza cuando el deudor no da o no hace (art. 1531); y, a la inversa, si la obligación, principal es de no hacer, la condición es positiva, porque se cumple cuando el deudor ejecuta el hecho prohibido (ibídem). Esta precisión explica el régimen diverso a que está sometida la obligación penal, análogo al que la ley establece en materia de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones, atendiendo a si estas son positivas o negativas (art. 1615). Si la obligación principal es de dar o de hacer, no hay lugar a la indemnización por perjuicios como tampoco a la pena, sino cuando el deudor está constituido en mora. Y si la obligación principal es de no hacer, la indemnización o la pena se causa por la sola ejecución del hecho prohibido (art. 1595).

Además, la condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición (incipet a conditione) (art. 1536). Por ello dispone el artículo 1594: "Antes de constituirse el deudor en mora [si la obligación es positiva], no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...". Esto es claro: la obligación penal todavía no ha nacido. Y si la obligación principal es negativa, mientras el deudor no realice el hecho prohibido, el acreedor tampoco puede exigir la pena, porque,

según las voces del artículo 1595, en esta solo se incurre "desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

C. Las funciones de la cláusula penal

212. Precisión.—Según quedó enunciado, en nuestro ordenamiento positivo no es de recibo la opinión que reduce la efectividad de la cláusula penal al solo campo de la estimación de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal, sino que dicha cláusula cumple las otras funciones que ya tenía asignadas en el derecho romano y en el español antiguo: así puede ella constituir también un medio de apremio al deudor, y puede servir igualmente de caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal.

a) La cláusula penal como apremio

213. Concepto.—El servicio que presta dicha estipulación estriba en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella.

214. La eficacia de esta función.—Destácase la importancia de la cláusula penal en este campo, a la que no siempre se le presta la atención debida, cuando la pena se pacta sin perjuicio de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios, y cuando ella ni siquiera alcanza a configurar una caución o garantía de dicha obligación, como cuando se ha estipulado en favor de persona distinta del acreedor. El artículo 1594 autoriza el cobro de la pena conjuntamente con el de la obligación principal cuando del acto aparezca que aquella se ha pactado sin que esta se entienda extinguida (rato manente pacto). Y el artículo 1600, que prohíbe, en principio, el cúmulo de la pena y de la indemnización de perjuicios, también deja a salvo la expresa estipulación en contrario. Por tanto, en estas hipótesis la pena no reemplaza ni a la obligación principal ni a su indemnización compensatoria, como tampoco constituye una simple garantía de la una o de la otra, pues, de no ser esto último así, pagada la pena no habría lugar al cobro de ninguna de estas, de la propia manera que el pago de la fianza, o el hacer efectivas la prenda o la hipoteca, extinguen la obligación caucionada. De suerte que si la satisfacción de la pena deja a salvo la obligación principal, o la indemnización de perjuicios, o ambas, dicha pena asume exclusivamente el carácter de un apremio al deudor, semejante al autorizado para compeler al pago de las obligaciones de hacer (C. C., art. 1610).

Pero, donde mayormente resalta el carácter de apremio que puede revestir la cláusula penal, es en el caso de que ella se haya estipulado en favor de persona distinta del acreedor de la obligación principal. La acción de cumplimiento de esta y la subsidiaria de indemnización de perjuicios solo compete al acreedor de dicha obligación principal. Sin embargo, en tratándose de la pena, puede ocu-

rrir que se haya pactado en favor de quien no tenga derecho a exigir la obligación principal ni sufra perjuicio directo por el incumplimiento de esta. Tal sucede en el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 1593, que se refiere a la estipulación para otro de que trata el artículo 1506, caso este que nada tiene que ver con la incidencia de la nulidad de la obligación principal sobre la pena, como equivocadamente lo da a entender el primero de los textos citados. En efecto: la estipulación para otro es válida a términos del artículo 1506: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado...". Por ejemplo, A toma una póliza en una compañía de seguros a favor de B para cubrirle a este los riesgos del transporte de unas mercancías. Tal contrato, en razón del postulado de la relatividad de los actos jurídicos, solamente estaría llamado a producir efectos entre A y la aseguradora, mas no así en provecho de B, quien no ha prestado su consentimiento en el contrato de seguro. No obstante, la promesa de la aseguradora en favor de B, considerada por la doctrina moderna como un compromiso unipersonal o unilateral adherido al contrato de seguro, genera en favor de B el derecho y la acción para cobrar el valor del seguro. Por el contrario, el estipulante A carece de tales derechos y acción, a pesar de haber sido parte en el contrato, según lo expresamente resuelto por el citado artículo 1506. Pero si en el contrato de seguro o en un acto adicional la aseguradora estipula a su cargo una cláusula penal en favor de A, entonces, este adquiere el derecho a cobrar la pena. Tal es lo significado en forma confusa por el inciso final del artículo 1593: "Lo mismo sucederá [valdrá la pena] cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido". De esta suerte, en nuestro ejemplo el estipulante A, quien no es el acreedor de la obligación principal, ni sufre perjuicio directo por el incumplimiento de esta, queda dotado de una acción que solo puede explicarse por la función de apremio que en el caso cumple la cláusula penal.

b) La cláusula penal como garantía

215. Concepto.—Por caución o garantía se entiende la obligación o el derecho real que asegura el cumplimiento de otra obligación principal, tales como la fianza, el derecho hipotecario y el prendario (art. 65). Así, en principio la cláusula penal constituye una garantía de la obligación principal, por cuanto, hablando en lenguaje corriente, refuerza o da más seguridad al cumplimiento de esta. A tal función se refiere expresamente la definición legal (art. 1592).

216. La eficacia de esta función.—Estrictamente hablando, la función de garantía que está llamada a cumplir la cláusula penal solo se ofrece cuando la pena se estipula a cargo de un tercero, pues entonces, el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deu-

dor o de exigirle la pena a dicho tercero garante. Por el contrario, cuando es el mismo deudor quien debe responder de ambas obligaciones, la función de garantía atribuida a la cláusula penal no pasa de ser meramente teórica, comoquiera que si este carece de bienes suficientes para pagar la obligación principal, en nada se mejora la situación del acreedor con la estipulación de una pena que igualmente ha de hacerse efectiva sobre esos bienes insuficientes.

Además, a partir de su aparición en el derecho romano, esta función cautelar de la cláusula penal es especialmente valiosa en los casos en que la obligación principal no da acción para exigir su cumplimiento, como sucede en punto de las obligaciones naturales. Pactada dicha cláusula a cargo de un tercero, si el deudor principal es, por ejemplo, un menor adulto que la haya contraído sin el lleno de los requisitos tutelares de su incapacidad y no se allana a cumplirla, el acreedor carece de acción para hacerla efectiva, o, al ejercer dicha acción, se expone a que ella resulte enervada por la excepción de nulidad relativa de la obligación. Sin embargo, como la ley considera que la obligación contraída en tales circunstancias degenera en natural (art. 1527) y admite caución, el acreedor sí puede exigirle la pena al tercero garante (art. 1529).

c) La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios

217. Concepto.—Ciertamente esta función es la más importante que la cláusula penal ha cumplido desde su estapa más evolucionada en Roma y la que mayor influencia ha tenido en su organización institucional.

La estimación convencional de los perjuicios, y la que el deudor hace en un acto unipersonal obligatorio, tienen prevalencia respecto de la estimación judicial y aun de la legal, las que así revisten carácter subsidiario frente a aquella.

A propósito, encuadra dentro de este campo de la estimación convencional anticipada de los perjuicios, el caso contemplado en el inciso segundo del artículo 1593 del Código Civil, allí también tratado impropiamente como una supuesta excepción al principio de que la nulidad de la obligación principal apareja la de la penal, principio este que nada tiene que ver con dicho caso. En efecto, el artículo 1507, ibídem, autoriza la promesa por otro con este alcance: "Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa". Claro es, como lo expresa este texto legal, que si el prometiente de un hecho ajeno no es representante de la persona llamada a ejecutarlo y que si esta no ratifica la promesa, tal acto no puede obligarla en virtud del postulado de la relatividad de los actos jurídicos. Pero como la promesa de quien sí fue parte en contrato implica para este la obligación de conseguir del tercero la ratificación o el cumplimiento del hecho prometido, de no lograrlo incurre en responsabilidad para con el otro contratante, a quien deberá

indemnizarle los perjuicios. Ahora bien, si a esta promesa se le agrega una cláusula penal a cargo del prometiente, dicha estipulación cumple la función de estimación convencional y anticipada de esos perjuicios. Esto es, pues, lo que impropiamente quiere significar el citado artículo 1593, en su segundo inciso, con estas palabras: "Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona".

218. Ventajas de la estimación convencional.—Son ellas las siguientes:

a) En primer lugar, el acreedor queda liberado de la carga, onerosa y difícil de ordinario, de probar que la infracción de la obligación principal le ha ocasionado perjuicios y cuál es la naturaleza de estos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen iuris et de iure, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario. Esta presunción de derecho está consagrada por el artículo 1599 en los siguientes términos: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

b) La cláusula penal también le evita al acreedor discusiones y la carga de la prueba pericial del monto de los perjuicios, porque en virtud de aquella este monto queda fijado de antemano. Así, conforme al texto legal últimamente transcrito, habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que el deudor pueda ser recibido a probar que el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal es menor; por ejemplo, que estos valen $ 1.000 y no los $ 10.000 en que fueron convencionalmente estimados.

c) Como el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor (art. 1604), el acreedor que exige el pago de la pena también queda exonerado de acreditar dicha culpa.

En suma: el acreedor de la pena, para hacerla efectiva, solo necesita acreditar judicialmente la existencia de la obligación principal y de la cláusula, y la infracción de la primera, cuando esta es negativa, o la mora del deudor si es positiva (art. 1595). Resulta, por tanto, de indudable conveniencia para el acreedor premunirse de una cláusula penal, aun en el caso de que la obligación principal tenga garantías específicas, como la fianza, la hipoteca o la prenda.

D. Los efectos de la cláusula penal

219. La exigibilidad de la pena.—Siendo así que la obligación penal, por su naturaleza, es condicional, en cuanto está subordinada al hecho futuro e incierto de que el deudor de la obligación principal no dé cumplimiento a ella o lo

retarde, antes de realizarse este evento condicionante, el acreedor solo tiene acción para exigir esa obligación principal; su derecho a cobrar la pena solo nace con el acaecimiento de la condición y no antes (incipet a conditione) (art. 1594).

220. La exigibilidad de la pena y la mora.—Si la obligación principal es negativa, se incurre en la pena desde que el deudor ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse (art. 1495, inc. 2º). Pero si la obligación principal es positiva no es suficiente el solo retardo del deudor, sino que es necesario además que este quede constituido en mora, o sea, que la mora marca el momento en que ya se sabe de cierto que se ha realizado la condición suspensiva de la cual pende la exigibilidad de la pena (arts. 1594 y 1595, 1º)[62].

Véase así la similitud que la ley establece entre la exigibilidad de la cláusula penal y la de la indemnización de perjuicios, ya que respecto de esta la mora del deudor también se requiere cuando la obligación es positiva, mientras que basta la sola contravención cuando dicha obligación es negativa (art. 1615).

A propósito de la constitución en mora del deudor de la obligación principal para que la pena se haga exigible, conviene aclarar una duda que ha suscitado la redacción del artículo 1595 del Código Civil, tomada del 1230 del Código francés: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva...". En la opinión de algunos, este texto impondría siempre la necesidad de reconvenir judicialmente al deudor antes de exigir la pena, aun en el caso de que se hubiera estipulado un término para el cumplimiento de la obligación principal.

Tal opinión sería valedera en el derecho francés que, al igual que el nuestro, exige la constitución en mora del deudor como requisito para la indemnización de perjuicios, pero con la diferencia de que en aquel no opera la máxima dies interpellat pro homine, sino en el caso excepcional de que esta se haya pactado expresamente por los contratantes[63]. Entiéndese, entonces, que en dicho sistema, para la exigibilidad de la pena también se requiera, en principio, la reconvención del deudor, salvo la referida estipulación en contrario[64], y el caso de que "la cosa que el deudor está obligado a dar o hacer no podía ser dada o hecha, sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar"[65]. En cambio, visto está que, en punto de la constitución en mora del deudor, nuestro Código se ciñe a la tradición romana y española y que el sistema que resulta de las reglas que trae el artículo 1608 es el siguiente: por regla general, el deudor está en mora "cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor" (num. 3);

[62] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. x, núm. 577, b).

[63] Véase núm. 137 supra.

[64] Cfr. Pothier, Obligations..., núm. 350.

[65] C. F., art. 1146.

y, excepcionalmente, también lo está "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado [dies interpellat pro homine]; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora" (num. 1); o "cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla" (num. 2)[66].

Ahora bien, el citado artículo 1595 no establece regla especial distinta, sino que se limita a exigir para el cobro de la pena que el deudor "se haya constituido en mora", conforme al precitado sistema general, esto es, que no requiere la reconvención judicial de dicho deudor en los casos en que esta formalidad está legalmente excusada, según quedó dicho. En conclusión, nuestro Código se limita a mantener al respecto el paralelismo que él mismo establece entre la obligación penal y la indemnización de perjuicios[67].

221. La exigibilidad de la pena y la imputabilidad al deudor.—La cláusula penal, según su denominación lo indica, establece una sanción por el incumplimiento de la obligación principal, como lo es también la sanción de resarcimiento de perjuicios que, en general, la ley impone por el mismo motivo. Ahora bien, como en la tradición latina la responsabilidad del deudor depende de la imputabilidad moral a este, quien así solo sufre las consecuencias de su dolo o de su culpa, pero no las provenientes de un caso fortuito que no haya asumido expresamente, síguese que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada, hechos estos que condicionan la exigibilidad de la pena convencional, también suponen el dolo o la culpa de dicho deudor, es decir, que ni este ni el tercero que haya asumido la obligación penal están obligados a pagarla cuando el incumplimiento de la obligación principal se deba a un caso fortuito o a la culpa exclusiva del acreedor[68].

222. El cúmulo de la obligación principal y la pena.—Presume la ley que la cláusula penal constituye la estimación anticipada de todos los perjuicios que habrá de experimentar el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. Esta intención presunta, pero desvirtuable mediante estipulación en contrario, determina, en principio, que dicha obligación y la pena no sean acumulables, pues de serlo, el acreedor recibiría una doble satisfacción de su derecho. Tal es lo resuelto por el artículo 1594 del Código Civil, en cuanto expresa: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena [esta todavía no se ha hecho exigible], sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio...".

[66] Véanse núms. 136 y ss. supra.

[67] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. x, núms. 578 y ss.

[68] Ibídem, t. x, núm. 583.

Pero, como bien puede ocurrir que la pena solamente se refiera a la indemnización moratoria, es decir, a la de los perjuicios a que dé lugar el retardo de la obligación principal, como cuando se estipula aquella a razón de $ 100 por cada día de demora, la acumulación de que se trata sí es de recibo, según lo autoriza el citado texto legal, cuando agrega: "A menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo". Nótese que la ley no exige aquí una estipulación expresa para desvirtuar la presunción de que la cláusula penal cobija todos los perjuicios, tanto los compensatorios como los moratorios, sino que se limita a indicar que debe aparecer que dicha cláusula solo se refiere a estos últimos, como en el ejemplo propuesto.

Además, como la pena también puede constituir exclusivamente un medio de apremio al deudor, independientemente de la idea de la indemnización de perjuicios, cuando esto es así, ella también es acumulable a la obligación principal. Solo que en esta hipótesis, para desvirtuar la mencionada presunción legal sí se requiere una manifestación expresa de los interesados al respecto (rato manente pacto), según lo previsto por el colon final del citado artículo 1594: "... o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

223. El cúmulo de la pena y la indemnización de perjuicios.—Fundándose también en la presunción de que la cláusula penal implica la estimación anticipada de todos los perjuicios que habrán de seguirse del incumplimiento o el retardo de la obligación principal, el artículo 1600 del Código Civil declara: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". De no ser así, el acreedor también podría recibir una doble indemnización: la preestipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios. De manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal, a menos de que aparezca que la pena solo se refiere a la indemnización moratoria, como tampoco al de aquella y la indemnización compensatoria.

Parece que entre los artículos 1600 y 1594 no existiese armonía en lo tocante al cúmulo de la pena moratoria, por una parte, y de la indemnización compensatoria o de la obligación principal, por la otra, respectivamente, porque según el 1594, basta que "aparezca" que la pena se pactó por el simple retardo para que pueda ser cobrada conjuntamente con la obligación principal, al paso que el 1600 exige la estipulación expresa que deje a salvo la indemnización compensatoria para que esta pueda ser cobrada junto con la moratoria, aunque sea indudable que la pena se refiera solo a esta, como en el ya propuesto ejemplo de que el contrato se limite a decir que el deudor pagará $ 100 por cada día de demora en la ejecución de la prestación debida.

En nuestra opinión, esta aparente dicotomía debe ser superada a la luz de los principios generales que gobiernan la materia. El cúmulo de la indemnización compensatoria y la moratoria siempre es factible, porque ellas provienen de causas distintas: la primera, de los daños que experimenta el acreedor por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de la prestación que le es debida (damni compensatorii); y la segunda, de los perjuicios que a aquel se le ocasionan por no recibir oportunamente esa prestación (damni moratorii). Entonces, como la equidad exige que dicho acreedor sea indemnizado por ambos conceptos, la posibilidad de acumular las referidas indemnizaciones se impone. Por tanto, el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución total o parcial, o por la ejecución defectuosa de esa obligación[69]. La solución contraria, a más de no compadecerse con el régimen general del cúmulo de las indemnizaciones, se opondría a las reglas sobre la interpretación de los actos jurídicos que mandan atender principalmente a la intención de los agentes (art. 1618) y al sentido en que las cláusulas de aquellos actos puedan producir algún efecto en vez de ninguno (art. 1620). Al negársele al acreedor la facultad de cobrar los $ 100 diarios estipulados por la demora, más los perjuicios compensatorios sufridos, se le restaría toda eficacia a la cláusula penal, so pretexto de aplicar a la letra el citado artículo 1600 que, según él mismo lo indica, es apenas una norma supletiva de la voluntad de los agentes.

Importa fijar la atención en el segundo colon del dicho artículo 1600, que le otorga al acreedor, pese a la estipulación penal, opción para acogerse a esta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando estos fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que tiene su origen en el derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia[70]. Estimamos nosotros que, como la regla en cuestión es de índole meramente supletiva, ella no puede tener aplicación cuando del acto aparezca claramente que la intención de los interesados ha sido la de limitar a la pena la responsabilidad del deudor, conforme a la expresa autorización que para el efecto les confiere el artículo 1616 del Código Civil[71].

[69] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 401, pág. 235.

[70] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. X, núm. 571.

[71] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 403, pág. 236.

E. La cláusula penal enorme

224. La reducción de la pena.—El artículo 1601 del Código Civil autoriza la reducción de la cláusula penal cuando esta asume desproporción mayúscula frente a la obligación principal a que accede.

Es, pues, este uno de los contados casos en que nuestro ordenamiento erige la lesión o desequilibrio económico en los actos jurídicos como un vicio de estos. Solo que, a diferencia de otros de esos casos aludidos, como el de la compraventa común de bienes inmuebles (arts. 1946 y ss.), el de la permuta de estos (art. 1958), el de la aceptación de las asignaciones sucesorales (art. 1291) y el de las particiones de bienes (art. 1405), en los cuales tal vicio está sancionado con la rescisión del acto respectivo, en la cláusula penal (art. 1601), así como en la estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231) o en la anticresis (art. 2466), dicha sanción se limita al reajuste de la cláusula lesiva.

Amparándose de la doctrina clásica, el Código de Napoleón prohibió tanto el aumento como la disminución de la pena pactada a título de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones (art. 1152). Por el contrario, nuestra legislación, inspirada en la materia en el Código justinianeo y en el derecho español antiguo, sí autoriza, según ya quedó visto, tanto que el acreedor perjudicado cobre indemnización superior a la pena estipulada, como también, a la inversa, faculta al deudor para pedir el reajuste de la pena enorme.

225. El criterio de la reducción.—Dícese, con fundamento en el pensamiento que se trasluce en los mencionados textos romanos y españoles, que la autonomía contractual, tan amplia en la materia que hasta permite la acumulación de la pena, de la indemnización compensatoria de perjuicios y de la obligación principal, puede llegar a extremos tales en que el acreedor insatisfecho, además de lograr la equitativa indemnización a que tiene derecho, abuse de esa libertad contractual para explotar usurariamente a su deudor, lo que se pretende evitar mediante el reajuste de la estipulación lesiva[72].

226. Las hipótesis de la reducción de la pena.—Son ellas las tres contempladas en el citado artículo 1601 del Código Civil, a saber:

227. a) Obligaciones de valor determinado.—"Cuando por el pacto principal —dice el referido texto legal—, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose esta en él". Infiérese de los términos de esta regla de índole excepcional que ella solo es aplicable a los contratos conmutativos, es decir, a los que generan obligaciones recíprocas entre las partes y que se miran

[72] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. x, núms. 587 y ss.; Pothier, ob. cit., núm. 346.

como equivalente; que la obligación principal a que la pena se refiere ha de tener un objeto apreciable en una suma determinada de dinero; y en fin, que la pena también ha de consistir en el pago de otra cantidad pecuniaria determinada. Por ejemplo, el arrendatario se obliga a pagar un precio mensual de $ 1.000 bajo la pena de $ 10.000. En caso de incumplimiento, ante la acción del arrendador para exigir el pago de la pena, o el de esta más la obligación principal que se hubiere dejado a salvo en el pacto (rato manente pacto), el deudor puede pedirle al juez la reducción de dicha pena, en forma tal que solo deba pagar $ 2.000, que son el duplo del valor de la obligación principal, en el cual queda incluido este valor.

De suerte que en esta hipótesis la lesión enorme en la estipulación penal es la que va más allá del doble de la obligación principal, siguiéndose así el criterio romano y el español (ultra duplum, más del dos tanto)[73].

Importa insistir en que el reajuste judicial de la pena, en virtud de la regla comentada, no tiene cabida: ni en los contratos unilaterales que solo producen obligaciones para una de las partes; ni en los contratos gratuitos, por estar ellos presididos por el ánimo de liberalidad que excluye la equivalencia en la utilidad; ni en los contratos que no contienen obligación principal apreciable en dinero o pena que tampoco consista en pagar una cantidad de este.

228. b) Obligaciones de valor indeterminado.—Expresamente el artículo 1601del Código las excluye del régimen que se viene explicando: "En las segundas [obligaciones de valor inapreciable o indeterminado] se deja a la prudencia del juez moderarla [la pena], cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme". Adopta también aquí nuestro Código la solución de Justiniano, quien dejó al prudente arbitrio del juzgador moderar las penas en los casos en que el valor de la obligación principal fuera incierto. Es esta, por tanto, una cuestión de hecho que depende del prudente criterio del juez, habida cuenta de las circunstancias que cada caso ofrezca, única pauta señalada por la ley para el efecto.

229. c) Intereses penales en el mutuo y en la anticresis.—El artículo 1601 considera que dicha estipulación es enormemente lesiva cuando excede el máximo interés que es permitido pactar como moratorio en tales contratos, esto es, el interés corriente más la mitad del mismo. Así, si el interés corriente es, por ejemplo, del 18% anual, el interés moratorio o penal no podrá pasar del 27%, bajo sanción de ser reajustado judicialmente a esta última tasa a solicitud del deudor. Para la materia mercantil, igualmente remitimos al tratado de las obligaciones de dinero, que se encuentra más adelante.

[73] Nuestro Código de Comercio ignora que la pena, objeto de la cláusula penal, es la estimación de los perjuicios que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal, y así dispone en su art. 876 que "cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella", lo que equivale al absurdo jurídico de decir que el deudor que incumple, aun por dolo, solamente puede ser obligado a cumplir la obligación principal, ni más ni menos.

SECCIÓN TERCERA

DERECHOS AUXILIARES DE LOS ACREEDORES

I. Generalidades

230. La prenda general de los acreedores.—Los efectos principales de las obligaciones ya examinados, esto es, su ejecución coactiva y la indemnización de los perjuicios derivados de su incumplimiento, recaen sobre el patrimonio del deudor, según lo expresa el artículo 2488 del Código Civil que, repetimos una vez más, consagra el concepto abstracto de las obligaciones en estos términos:

"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...".

Esta determinación del campo en que se actualizan las principales acciones tutelares de los derechos crediticios ha dado lugar al aforismo "los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores", que traduce gráficamente el mencionado concepto abstracto de las obligaciones al ubicar la coercibilidad propia del vínculo jurídico obligatorio en el patrimonio del deudor, desplazándolo de su persona; pero que, tomado al pie de la letra, sugiere la idea falsa de que los acreedores sin garantía específica, como la hipoteca o la prenda, tendrían un derecho igual o semejante al que gozan los acreedores que sí la tienen.

Estos últimos acreedores sí son titulares de derechos reales que recaen directamente sobre bienes inmuebles (hipoteca) o sobre bienes muebles (prenda), y en virtud de los cuales pueden ejercer las prerrogativas inherentes a los derechos de tal índole, así: la preferencia (ius preferendi) de sus créditos para ser satisfechos con el precio de la venta o con la adjudicación en especie de los bienes hipotecados o pignorados (arts. 2422, 2492, etc.); la facultad para hacer valer tales créditos, no solo contra el deudor, sino contra cualquier persona que adquiera el bien gravado (ius persequendi) (arts. 2418, 2452, etc.).

Muy diferente es la situación de los acreedores ordinarios. En primer lugar, careciendo ellos de un verdadero derecho real, como el del acreedor prendario propiamente dicho, en principio no pueden pretender privilegio alguno sobre los otros acreedores de su misma clase, pues, salvo los casos de excepción en que la ley, inspirada en motivos especiales, determina que ciertos créditos deben ser cubiertos en forma preferencial, aunque los bienes del deudor no sean suficientes para el pago de todas sus deudas, los mencionados acreedores ordi-

narios, por regla general, tienen que conformarse con un prorrateo entre ellos del producto de dichos bienes del deudor (arts. 2494 y ss.). Con otras palabras: prescindiendo de la preferencia legal de que excepcionalmente gozan ciertos acreedores, al común de estos los trata la ley en forma igualitaria; les reconoce la facultad de concurrir para hacer valer sus créditos sobre el patrimonio del deudor, o mejor aún, sobre el producto de la venta de los bienes que lo componen, el que se prorratea entre aquellos, pero puede ocurrir que tal producto no sea suficiente para satisfacer en su totalidad los créditos concurrentes, sino parcial y proporcionalmente a sus cuantías (arts. 2488 y 2492).

231. Concepto de los derechos auxiliares.—Determinado una vez más en la forma dicha el campo propio en que pueden ejercerse los derechos de los acreedores, cual es el patrimonio de su deudor, importa tener en cuenta que mientras este no esté sometido a un proceso concursal, conserva la administración de su patrimonio y, por consiguiente, pueden enajenar sus activos y aumentar sus pasivos, de donde se colige que la eficacia de la garantía general de los acreedores depende de la idoneidad y de la rectitud en esa administración. Pues bien, los derechos auxiliares de los acreedores consisten, precisamente, en los medios que la ley les brinda para evitar el deterioro del patrimonio del deudor y para obtener su reconstitución cuando ya se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas, o particularmente prohibidas al deudor concursado. También debe considerarse como un derecho auxiliar la subrogación legal de los acreedores en ciertos derechos del deudor, para que estos no se extingan al ser dicho deudor privado de la administración de sus bienes, por ejemplo, los emanados de un contrato de arrendamiento en que el deudor figure como arrendador o arrendatario.

232. El régimen legal.—Nuestro Código Civil, al igual que sus modelos, no tiene un tratado unitario y sistemático de los derechos auxiliares de los acreedores, sino que tales medios se encuentran consagrados en disposiciones dispersas y no siempre concordantes de dicha obra, como también en otros ordenamientos legales complementarios o paralelos.

233. Clasificación de los derechos auxiliares.—Precisado el concepto general de estos derechos, cabe clasificarlos así: a) medios conservatorios; b) medios reconstitutivos, y c) subrogación legal en ciertos derechos.

II. Medios conservatorios

234. Concepto.—Son las medidas que la ley permite tomar a los acreedores para preservar el patrimonio de su deudor, de modo tal que no se deteriore la garantía que este representa para aquellos.

235. Subclasificación.—Entre los medios conservatorios surge una diferencia importante y que impone una subclasificación de ellos, a saber: a) medios conservatorios comunes, que favorecen a todos los acreedores, y b) medios conservatorios particulares, que solo benefician al acreedor que usa de ellos.

A. Medios conservatorios comunes

236. Enumeración.—Consisten estos en la intervención de los acreedores en los procesos universales y en el trámite concursal de los concordatos, a saber:

237. 1º) Intervención en las causas mortuorias.—Esta intervención comprende: a) la guarda de bienes y la aposición de sellos; b) el secuestro de los bienes relictos; c) la curaduría de la herencia yacente; d) el requerimiento a los asignatarios; e) la intervención en los inventarios y avalúos, y f) el beneficio de separación.

238. a) La guarda de bienes y la aposición de sellos.—Fallecida una persona, cualquier interesado en su sucesión y, por consiguiente, sus acreedores, pueden pedir la guarda bajo llave y sello de los muebles y papeles del difunto hasta la práctica del inventario de los bienes sucesorales o hasta que los reclame el albacea con tenencia, o un heredero acreditado, o el curador de la herencia yacente (C. C., arts. 1279 y ss.; C. de P. C., arts. 575 a 578).

239. b) El secuestro provisional de los bienes relictos.—Por cuanto las precitadas medidas de guarda y aposición de sellos pueden resultar insuficientes y aun ineficaces en tratándose de bienes no susceptibles de guarda por tales medios o que requieran administración o enajenación, el Código de Procedimiento Civil permite, a solicitud de cualquier interesado, el secuestro provisional de los bienes inmuebles y de los muebles que no puedan guardarse bajo llave y sello, hasta que tales bienes deban entregarse al curador de la herencia yacente, o al albacea con tenencia, o al cónyuge o heredero reconocido como tal (arts. 579 y 580).

Estas normas autorizan incluso al embargo provisional de los bienes que pertenezcan al cónyuge sobreviviente, como formando parte del haber de la sociedad conyugal que habrá de liquidarse dentro del trámite de la sucesión; sacando así estos bienes del comercio jurídico, comoquiera que su enajenación estaría viciada de nulidad absoluta (art. 1521, 3º).

240. c) La curaduría de la herencia yacente.—Los acreedores, al igual que cualquier interesado, pueden pedir que la herencia del deudor que no haya sido aceptada dentro de los quince días siguientes a la defunción de este, ni tenga albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el encargo, sea declarada

como herencia yacente, para que los efectos que la componen sean puestos bajo la guarda de un curador especial (C. C., art. 1297 y C. de P. C., arts. 581 y ss.).

241. d) El requerimiento a los asignatarios.—Pueden también los interesados, así los acreedores, requerir judicialmente a cualquier asignatario para que manifieste si acepta o repudia su asignación, facultad que se endereza a determinar la legitimación sustancial de dichos asignatarios como causahabientes del de cuius. Y en el caso de aceptación expresa o tácita de un heredero, una vez reconocido como tal por el juez, este reconocimiento surte sus efectos respecto de los demás acreedores, quienes así pueden hacer valer sus derechos con citación de aquel (C. C., arts. 1289 y 1303 y C. de P. C., art. 591).

242. e) La intervención en los inventarios y avalúos.—Para que el patrimonio del deudor difunto se relacione con la debida exactitud, los acreedores están legitimados para pedir la facción del inventario de los bienes relictos, para intervenir en este, para denunciar bienes, y para impugnarlo cuando lo crean inexacto (C. C., art. 1312 y C. de P. C., arts. 600 y ss.).

243. f) El beneficio de separación.—El fallecimiento de una persona no determina la desintegración de su patrimonio, sino que este subsiste como una universalidad jurídica formada por todos los bienes y deudas del causante y vinculada a los herederos mediante un derecho sui generis, el derecho real de herencia.

Ahora, como en el interregno que va desde la defunción del causante hasta la partición y adjudicación de su patrimonio, los bienes que lo componen son administrados, a falta de albacea, por los herederos, quienes hasta tienen con ciertos requisitos facultades dispositivas, puede ocurrir que, en esta administración simultánea del patrimonio del causante y de los patrimonios de los herederos, se confundan los bienes de unos y otros, y que los pertenecientes al primero se empleen en el pago de las deudas de los herederos. Para precaver este peligro la ley concede a los acreedores hereditarios y a los testamentarios el llamado beneficio de separación, en virtud del cual estos tienen derecho a que con los bienes del difunto se les paguen sus respectivos créditos, con preferencia a las deudas propias de los herederos (C. C., arts. 1435 y ss. y C. de P. C., art. 606).

244. 2º) Intervención en la liquidación de las sociedades conyugales. La ley también autoriza a los acreedores de las sociedades conyugales disueltas para pedir que se haga el inventario de los bienes pertenecientes a ellas, para asistir a la práctica del inventario y denunciar bienes, y para impugnarlo, si lo consideran inexacto (C. C., arts. 1312 y 1821, y C. de P. C., arts. 625 y ss.).

245. 3º) Intervención en los concordatos.—En los procesos concursales concordatarios, que tienen por objeto la recuperación y conservación de la em-

presa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito (ley 222 de 1995, art. 94), pueden adaptarse destacadas medidas conservativas. A saber: mientras se tramita el concordato y so pena de ineficacia de pleno derecho el deudor, no puede, sin autorización de la autoridad competente ante la cual se está tramitando este proceso concursal, realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni reformas estatutarias cuando se trate de personas jurídicas (art. 98, 3º). También, según el numeral séptimo, la autoridad que esté a cargo del proceso decretará el embargo de los activos del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro. Del mismo modo constituye medida conservativa en este tópico el nombramiento de un contralor que vigilará el funcionamiento de la empresa y que puede llegar hasta pedir que se proceda a la remoción de los administradores (art. 108). Lo más relevante es que según el artículo 144 ejúsdem, "en cualquier estado del trámite del concordato, la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier acreedor, además del embargo y secuestro de bienes, podrá decretar otras medidas cautelares que estime necesarias".

246. 4º) Intervención en los procesos de liquidación obligatoria.—Además de las medidas ejecutivas propiamente dichas que se toman en este proceso concursal, tales como el embargo y secuestro de los bienes del deudor, también se adoptan en las medidas conservativas, las siguientes: a) la aprehensión inmediata de los libros de cuentas y demás documentos relacionados con los negocios del deudor; b) la prevención a los deudores del deudor de que solo pueden pagar al liquidador (art. 157 ibídem); c) el nombramiento de un liquidador que tendrá la representación legal del deudor (art. 166 ejúsdem).

247. Efectos de las medidas conservativas comunes.—Según ya quedó enunciado, estas medidas, que son las anteriormente relacionadas, se han establecido en provecho de todos los acreedores y no en beneficio exclusivo de aquel de ellos que proponga su adopción. Dichas medidas preservan así la integridad del patrimonio del deudor, considerado como garantía común de todos sus acreedores.

B. Medios conservatorios particulares

248. Concepto.—Como su denominación lo indica, los medios conservatorios particulares son los autorizados por la ley para la protección de un crédito determinado, a saber:

249. 1º) De los créditos aún no exigibles.—Son estos los créditos cuya existencia o cuya exigibilidad pende de una condición o de un plazo, respectivamente.

La obligación condicional, por cuanto está sujeta al incierto acaecer de un hecho futuro, no se reputa nacida pendente conditione; en tal estado solamente existe un germen de obligación. Sin embargo, esta obligación en trance de una eventual consolidación no puede ser totalmente ignorada por la ley, y así esta procura garantizar el respectivo derecho del acreedor, autorizándolo para impetrarle al juez las medidas conservativas necesarias (art. 1549). Aplicación concreta de esta cautela de los derechos condicionales se ofrece en el fideicomiso: el fideicomisario, llamado a recibir el dominio de una cosa al cumplirse una condición, puede recurrir a estas medidas cuando tema que dicha cosa perezca o se deteriore en manos del fiduciario (art. 820).

A diferencia de la condición, el plazo no suspende el nacimiento de la obligación modalizada, sino que posterga su exigibilidad. Y, como también puede ocurrir que la conducta del deudor ponga en peligro el crédito durante la pendencia del plazo, v. gr., cuando el deudor descuida la especie debida, hay que concluir a fortiori y por aplicación analógica del artículo 1549, que el acreedor a plazo tiene derecho a que se tomen medidas conservativas. En efecto, si el acreedor de una obligación condicional merece la protección legal, pese a que su crédito todavía no se tenga por nacido, con mayor razón merece tal protección el acreedor a plazo, cuyo crédito existe ciertamente aunque todavía no sea exigible. Tal es la unánime solución doctrinaria.

La ley no precisa cuáles pueden ser las medidas conservativas que pueden impetrar los acreedores de obligaciones aún no exigibles, de donde se puede inferir que ellas quedan al prudente arbitrio del juez (C. de P. C., art. 435, parg. 1º, num. 10). Consideramos que, de ordinario, tales medidas pueden consistir en una caución al deudor, como la de conservación y restitución de la cosa, expresamente contemplada por la ley en punto del fideicomiso (art. 814). A este propósito, estimamos que las medidas conservativas de que se trata no pueden llegar hasta el secuestro de bienes o de alguno en particular, porque, según lo veremos seguidamente, el secuestro es ya una medida de índole ejecutiva o preejecutiva que supone la exigibilidad actual de la obligación.

250. 2º) De los créditos exigibles.—Visto está que estos créditos exigibles confieren al acreedor el derecho de exigir su satisfacción en forma coactiva, la que de ordinario se realiza mediante la aprehensión de las especies debidas y su entrega al acreedor, o mediante el embargo, secuestro y venta de bienes de este para pagar con su producto al acreedor ejecutante.

Ahora bien, como la ejecución coactiva implica trámites sucesivos que se inician con la presentación de la demanda hasta llegar al embargo y secuestro de bienes del deudor dentro del proceso respectivo, es posible que mientras tales trámites se surten, los resultados de la acción ejecutiva se hagan ilusorios, por lo cual la ley autoriza anticipar tales medidas, o sea, el embargo y secuestro de bienes, desde la presentación de la demanda, lo que hace que estas ya no constituyan propiamente medidas ejecutivas, sino conservativas (C. de P. C., art. 513).

Estas medidas conservativas de créditos exigibles presuponen la existencia de un título ejecutivo del que aparezca que la respectiva obligación es expresa, clara y actualmente exigible (C. de P. C., art. 488).

251. 3º) El derecho de retención.—Esta medida conservativa merece especial consideración por la importancia que reviste y por las dudas que se han suscitado en torno a su régimen legal. El derecho de retención es la facultad que se le reconoce a una persona para retener cosa ajena que está en su poder mientras su dueño o el acreedor a su restitución no le pague a aquella o le asegure el pago de un crédito vinculado a dicha cosa.

252. Reseña histórica.—Por razones de equidad, los pretores romanos reconocieron el derecho de retención en ciertos casos concretos. Así, por ejemplo, consideraron inicuo que el dueño de una cosa pretendiese reivindicarla sin pagarle al poseedor las expensas que hubiera hecho para la conservación de ella. Entonces, les concedieron a dicho poseedor y aun a simples tenedores que se encontraran en situaciones similares, la exceptio doli, mediante la cual podían enervar la acción restitutoria.

La institución pasó al derecho medieval; fue consagrada en la misma forma casuística romana por las Siete Partidas, y así pasó también al Código Civil francés y al de don Andrés Bello.

La doctrina, principalmente en Francia, se ha dividido en dos corrientes. Según la opinión más generalizada, el derecho de retención, pese a su consagración casuística en la ley, sería una institución de alcance ilimitado, aplicable en todos los casos en que el obligado a restituir una cosa tuviese un crédito a cargo de aquel en cuyo favor debiese la restitución, pero siempre y cuando que este crédito estuviese vinculado a dicha cosa (cum re iunctum).

La opinión minoritaria juzga el derecho de retención como una medida que implica que quien la ejerce se hace justicia por su propia mano, lo que es condenable frente a los principios generales, por lo cual considera que las normas legales que en ciertos casos concretos lo autoriza, son de aplicación restrictiva.

El señor Bello adoptó esta última posición; de ahí que el artículo 2417 de nuestro Código Civil declare: "No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.

"No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

253. Casos en que procede el derecho de retención.—Nuestro Código Civil solamente autoriza este medio conservatorio en los siguientes casos:

254. a) La especificación.—Quien de buena fe hace una especie nueva con materia ajena y sin conocimiento del dueño de esta, puede rehusar la entrega de dicha especie mientras no se le pague la hechura (art. 732).

255. b) La edificación, plantación o sementera.—Quien haya edificado, plantado o sembrado en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de este, tiene derecho a que el dueño le pague el valor de la edificación, plantación o sementera y a retener el terreno mientras no se le haga tal pago (art. 739).

256. c) El fideicomiso.—El propietario fiduciario, llegado el caso de la restitución de la cosa al fideicomisario, puede rehusar hacerla hasta tanto este le pague las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas e hipotecas a que estuviere afecta (art. 815).

257. d) El usufructo.—El usufructuario puede retener la cosa fructuaria hasta el pago o garantía del pago de los reembolsos e indemnizaciones a que es obligado el nudo propietario, en razón de las expensas mayores que aquel haya tenido que hacer para la conservación y liberación de la cosa fructuaria (art. 859).

258. e) La reivindicación.—El poseedor de cosa mueble comprada en feria, tienda, almacén y otro establecimiento en que se vendan cosas de la misma clase, no queda exento de la acción reivindicatoria que siempre puede ejercer el dueño; pero aquel puede rehusar la entrega a este hasta que se le reembolse lo que haya pagado por dicha cosa y lo que haya gastado en repararla o mejorarla (C. C., art. 947).

Igualmente, el poseedor vencido en acción reivindicatoria goza del derecho de retención de la cosa, mientras el reivindicante no le pague o no le asegure el pago del saldo resultante en favor de aquel por concepto de las prestaciones mutuas a que da lugar la reivindicación (art. 970).

259. f) La compraventa.—El vendedor debe entregar la cosa vendida inmediatamente después de celebrado el contrato o a la época prefijada para el efecto. Pero si no se ha estipulado plazo para el pago del precio, el vendedor puede abstenerse de dicha entrega mientras el comprador no se allane a pagarle íntegro el precio. Esta retención de la cosa vendida también procede cuando, celebrado el contrato, hubiese menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio. En este caso, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, el vendedor no está obligado a la entrega hasta que se le pague o se le asegure el precio (art. 1882).

El comprador obligado a pagar el precio inmediatamente después del contrato o al vencimiento del plazo estipulado, también puede rehusar hacerlo hasta la entrega de la cosa, salvo estipulación en contrario (art. 1929).

260. g) La permuta.—Son aplicables a este contrato las ya citadas reglas de la compraventa (art. 1958).

261. h) El arrendamiento.—En todos los casos en que el arrendatario tiene derecho a indemnización por concepto del daño que haya sufrido por vicio de la cosa arrendada o por razón de expensas necesarias no locativas, no puede ser expelido o privado de dicha cosa, sin que previamente el arrendador le pague o le asegure el importe (art. 1995).

A propósito de este contrato, el Código también consagra una especie irregular de retención en favor del arrendador sobre los frutos de la cosa arrendada y sobre los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, hasta que el arrendatario le pague a aquel el precio o renta y las indemnizaciones debidas (art. 2000). Decimos que esta es una especie irregular de retención, porque el arrendador no es un tenedor de los objetos a que se refiere y, por tanto, no se puede hablar propiamente de una retención. En realidad, el derecho del arrendador en este caso consiste en impedir que el arrendatario retire los mencionados objetos.

262. i) El mandato.—Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte (art. 2188).

263. j) El comodato.—Pese a la gratuidad del contrato de préstamo de uso, el comodatario tiene derecho a que el comodante le reembolse las expensas extraordinarias que haya tenido que hacer y que fueren necesarias y urgentes para la conservación de la cosa (art. 2216). Igualmente, el comodatario tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos a causa de la mala condición de la cosa comodada, conocida y no declarada por el comodante y que el comodatario, con mediano cuidado, no haya podido conocer o precaver los perjuicios (art. 2217).

Pues bien, en los precitados supuestos, el comodatario puede retener la cosa prestada hasta que el comodante le pague tales indemnizaciones o caucione el pago de la suma en que se le condenare (art. 2218).

264. k) El depósito.—El depositario también tiene derecho a que el depositante le pague las expensas hechas para la conservación de la cosa y los perjuicios que, sin su culpa, le haya ocasionado el depósito (art. 2259). Y en se-

guridad de tales expensas e indemnización de perjuicios, y solamente en razón de ellas, puede el depositario ejercer el derecho de retención del depósito (art. 2258).

265. l) El hospedaje.—El posadero tiene derecho de preferencia y de retención sobre los efectos del deudor, introducidos por este en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños (art. 2497, 1º).

266. ll) El transporte.—El acarreador o empresario de transportes también tiene derecho de preferencia y de retención sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños, con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor (art. 2497, 2º).

267. m) La prenda.—El acreedor prendario que ha sido pagado íntegramente del crédito garantizado con la prenda puede, sin embargo, retener la cosa pignorada si tuviere contra el deudor otros créditos, con tal que estos sean ciertos, líquidos, que se hayan contraído después de la obligación garantizada y que se hayan hecho exigibles antes del pago de esta (art. 2426).

268. Requisitos del derecho de retención.—Del examen de los casos anteriormente relacionados, resulta que el derecho de retención presupone la concurrencia de ciertos requisitos, a saber:

a) Debe estar expresamente autorizado por la ley o por la convención, porque, según ya quedó expresado, en nuestro ordenamiento la retención es una institución excepcional y de aplicación restrictiva.

b) Quien ejerce la retención debe ser tenedor o poseedor actual de una cosa corporal mueble o inmueble. Perdida la tenencia, se extingue el derecho de retención, porque este por su naturaleza es negativo; solo confiere la facultad de rehusar la entrega de la cosa, pero no la de perseguirla si ya ha pasado a otras manos. Excepcionalmente, el poseedor que ha sido despojado puede ejercer una acción posesoria para recuperar la tenencia (art. 984).

c) La tenencia de la cosa debe ser no viciosa. Así, el poseedor que alega el derecho de retención debe haber adquirido la posesión sin violencia ni clandestinidad, lo que no significa que la posesión deba ser regular, con justo título y buena fe, ya que la ley también otorga el derecho de retención al poseedor irregular, aun de mala fe, por concepto de las expensas que deban serle reembolsadas (art. 970).

d) El derecho de retención supone la existencia de un crédito cierto, exigible, líquido o liquidable, y conexo con la obligación de entregar o restituir la cosa.

Quien pretende rehusar la entrega o restitución que se le demanda de la cosa debe probar la existencia de ese crédito a su favor, legal o convencionalmente

garantizado con la retención. La falta de tal prueba impide la declaración o reconocimiento del derecho a retener.

El crédito amparado debe ser exigible, pues si está subordinado a plazo o condición pendiente, falta el fundamento de la retención, cual es el de obtener el pago de dicho crédito simultáneamente con la entrega de la cosa. De ahí que se le niegue al vendedor la retención de la cosa vendida, cuando se ha estipulado plazo para que el comprador pague el precio (art. 1882).

El crédito amparado debe ser líquido o liquidable. Probada su existencia cierta por el acreedor, el derecho de retención puede y debe ser reconocido in limine, subordinado a la liquidación del crédito de cuya garantía se trata. Así, resulta del conjunto de los casos en que nuestro Código Civil autoriza este medio conservatorio.

En todos los casos en que la ley autoriza el derecho de retención, se observa la conexión que ella requiere entre el crédito que se quiere proteger y la obligación que el así protegido tiene de entregar o restituir la cosa. A partir del derecho romano esta interconexión ha determinado el establecimiento de los casos en que procede la retención. Se repite que, desde sus orígenes, la retención se concibió como una excepción enervante de la acción del dueño o del acreedor a la entrega o restitución de la cosa, excepción enderezada a asegurar el pago de la obligación a cargo de este último por razón de la misma cosa (debitum cum re iunctum). Faltando esta interconexión, no hay lugar a la retención. Así, por ejemplo, el vendedor no podría rehusar la entrega de la cosa vendida, alegando que el comprador no le ha pagado una suma que le dio en mutuo. Excepcionalmente, se autoriza la retención al acreedor prendario por razón de créditos no garantizados por la prenda y contraídos después de la constitución de esta, porque la ley presume que el acreedor prendario se allanó a concedérselos al deudor por estar provisto de esa garantía, es decir, que se presume que la intención de las partes fue la de que esas obligaciones nuevas se vinculasen con la cosa anteriormente dada en prenda (art. 2426).

269. Naturaleza y efectos del derecho de retención.—La consagración en forma casuística y en disposiciones aisladas del derecho de retención, tanto en el Código Civil francés como en el nuestro, disposiciones que se limitan a expresar que quien debe la entrega o la restitución de la cosa de que se trata puede retenerla mientras no se le pague o no se le asegure el pago de un crédito vinculado a dicha cosa, ha sido motivo de amplia discusión entre los comentaristas de los mencionados códigos, acerca de si el referido derecho constituye un derecho real, como la hipoteca o la prenda, o si es un derecho meramente personal y accesorio del crédito que con él se quiere amparar, o si es un derecho de garantía sui generis que difiere de los derechos reales y crediticios comunes. En nuestro sentir, esta última opinión es la acertada.

La prenda y la hipoteca, como derechos reales de garantía confieren a sus titulares una facultad sobre la cosa (in re) o, mejor dicho, sobre su valor, ya

que los créditos que caucionan se hacen efectivos con el precio de la venta de dicha cosa. Por ello, los mencionados derechos gozan de los atributos propios de todos los derechos reales, entre ellos de la preferencia (ius preferendi) y de la persecución (ius persequendi). Según quedó enunciado, el derecho de retención es negativo; desde su origen romano constituye una excepción procesal reconocida a quien debe entregar o restituir una cosa para rehusar la demanda en tal sentido mientras no se le pague o asegure el pago de un crédito vinculado a dicha cosa. Por tanto, perdida la tenencia de la cosa, se extingue el derecho de retención; quien fuera titular de este no puede invocar tal derecho para perseguirla. Por la misma razón, esto es, por tratarse de un derecho negativo, el de retención, por sí mismo, no confiere a su titular la preferencia que sí tienen el acreedor prendario y el hipotecario de ser pagados con el precio de la cosa gravada en su favor. Esta es una solución uniformemente aceptada por la doctrina. Pero, a nuestro entender, es igualmente claro que el derecho de retención, sin constituir un derecho real, sí es una garantía sui generis y que, por ser tal, envuelve un privilegio en favor del crédito garantizado. El casuismo de que adolece nuestro Código Civil no obsta a esta solución. Si bien el artículo 2497 solamente confiere privilegio de segundo grado a los créditos del posadero y del empresario de transporte, a quienes también otorga el derecho de retención, lo que ha llevado a comentaristas a negar el privilegio en los demás casos en que la retención está autorizada, el examen en conjunto de todos los casos evidencia el privilegio. En efecto, en todas las disposiciones que autorizan el derecho de retención se subordina la cesación de tal derecho al pago o al aseguramiento del crédito garantizado. Entonces, si no se puede privar el beneficiario de la tenencia de la cosa mientras su crédito no sea satisfecho, es obvio que este crédito adquiere la categoría de privilegiado.

El Código de Procedimiento Civil de Chile y la ley 4558 de 1929 del mismo país, pusieron fin a las dudas y discusiones que se suscitaban entre los comentaristas del Código Civil, interpretando auténticamente el conjunto de los textos de este relativos al derecho de retención. El mencionado Código de Procedimiento declara que los acreedores con derecho de retención tienen un privilegio para el pago de sus créditos, como los créditos de segunda clase, si se refiere a muebles, y como los hipotecarios, si a inmuebles. Y la ley 4558 reafirma el carácter negativo del derecho de retención, declarando que este consiste en que su titular no puede ser privado en la tenencia de la cosa mientras no se le pague o asegure el importe de su crédito, derecho que puede ser declarado aun después de la quiebra del deudor, así como el crédito garantizado puede ser pagado al igual que los créditos privilegiados de la segunda clase, sin esperar a las resultas del proceso.

270. La retención convencional.—Fuera de los casos anteriormente enumerados y que son los únicos en que opera el derecho legal de retención, según nuestro ordenamiento civil, en uso de la autonomía de la voluntad privada, los

contratantes pueden estipular tal derecho, pues al expresar el artículo 2417 del Código Civil que "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan", a la vez que está declarando el carácter excepcional y restrictivo de la retención legal, la autoriza cuando el deudor ha consentido en ella.

III. Medios reconstitutivos

271. Enumeración.—Son ellos: a) la acción pauliana; b) la nulidad de los actos del deudor concursado, y c) la acción de simulación.

A. La acción pauliana

272. Concepto.—La acción pauliana es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos de este con perjuicio de los créditos de aquellos.

Conforme a los artículos 2488 y 2492 del Código Civil, los bienes presentes y futuros del deudor, excepto los que la ley declara inembargables, están afectos al pago de las obligaciones de dicho deudor, en forma tal que los acreedores pueden obtener la aprehensión de esos bienes y su venta para ser satisfechos en sus créditos, totalmente si el producto de la venta es suficiente, o a prorrata si no lo es.

Pero esta garantía genérica o "prenda común" de los acreedores, no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, mientras no se halle sometido al trámite de un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria). De donde se colige que si esta administración del deudor se hace fraudulenta, los acreedores que han depositado su confianza en este pueden resultar lesionados cuando los actos celebrados por él lo coloquen en estado de insolvencia, es decir, en situación de que sus bienes ya no alcancen a cubrir sus deudas, o agraven tal estado de insolvencia. Frente a esta circunstancia, la ley les otorga a los acreedores la acción pauliana, así denominada por haber sido introducida en el derecho romano por el pretor Paulus y que se endereza, precisamente, a obtener la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude a sus acreedores. Nuestro Código Civil consagra la acción pauliana en estos términos: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1ª) los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero; 2ª) los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores;

3ª) las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contando desde la fecha del acto o contrato" (art. 2491).

273. CONDICIONES DE LA ACCIÓN PAULIANA.—En el concepto general que hemos ofrecido de la acción pauliana sobresalen dos elementos axiológicos para que ella tenga efecto: a) el daño al acreedor o acreedores, y b) el designio fraudulento.

274. a) EL PERJUICIO A LOS ACREEDORES.—Mientras el deudor sea solvente, y lo es en tanto sus bienes embargables sean bastantes para responder de sus deudas, los acreedores no están legitimados para interferir la libre administración que aquel tiene sobre su patrimonio ni para impugnar los actos realizados en ejercicio de aquella, aunque tales actos efectivamente impliquen una disminución patrimonial, pero sin rebasar los límites de la solvencia. En tales circunstancias, los acreedores carecen de interés y es sabido que sin interés no hay acción.

Lo propio se proclama de los actos del deudor relativos a sus bienes inembargables, porque estos no forman parte de la garantía de los acreedores y escapan a su persecución. Por tanto, no tienen ellos interés en que el deudor los conserve ni resultan afectados por su distracción.

Corresponde, pues, al acreedor o acreedores que pretendan la revocación de un acto realizado por su deudor, la prueba de que dicho acto les es perjudicial, en cuanto lesiona sus créditos por colocar al deudor en estado de insolvencia o por agravar tal estado, si ya se encontraba en él. Y, de la propia manera, el deudor y los terceros demandados en acción pauliana pueden enervarla, proponiendo la excepción de discusión de bienes, enderezada a establecer que los activos patrimoniales que aún conserva el deudor después de la realización del acto impugnado por el acreedor o acreedores, son suficientes para cubrir las deudas de aquel. Plantéase así una cuestión de hecho que el juez debe resolver discrecionalmente, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes contrincantes, bien sea para establecer el perjuicio a los acreedores, o bien para negarlo.

275. b) EL FRAUDE PAULIANO.—El artículo 63 de nuestro Código Civil consagra la definición clásica del dolo: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Y la doctrina tradicional identifica las expresiones dolo y fraude al designar indistintamente con ellas ese elemento específico del delito: esa intención positiva de inferir injuria o daño, que sirve para distinguir el delito del hecho ilícito culposo, en el cual la culpa, imprudencia o negligencia del agente sirve de fundamento a la responsabilidad civil en que este incurre.

Ahora bien, con base en la precitada identificación de las expresiones dolo y fraude en general, un sector de la doctrina ha confundido el fraude pauliano

con el dolo, y así ha llegado a formular la tesis, según la cual, para que la acción pauliana pudiese prosperar, se requeriría que el acreedor o acreedores que la instaurasen aportaran la difícil prueba de que el acto impugnado se habría celebrado con la intención positiva de inferirles daño.

Pero el pensamiento dominante ha rechazado esta tesis que restringe y hasta hace ineficaz la acción pauliana en la mayoría de los casos, y así, atendiendo a la tradición romana, ha afirmado que el fraude pauliano es un concepto sui generis que consiste únicamente en el conocimiento que se tenga, y que el deudor debe tener, acerca del mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo coloca en imposibilidad de pagar sus deudas. Con otras palabras: la mala fe del deudor, que se sanciona con la acción pauliana, es la que se ofrece cuando este celebra un acto que defrauda la confianza en él depositada por sus acreedores, quienes al otorgársela contaban con que él no habría de abusar de la libre administración de sus bienes hasta el punto de realizar, a sabiendas, actos que lo condujeran a la insolvencia, o la agravaran, si ya había llegado a ella.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2491, se ha pronunciado en pro de esta tesis al declarar expresamente que la mala fe constitutiva del fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor.

Este concepto del fraude pauliano conduce a una conclusión de señalada importancia. La acción no procede cuando al deudor no le es imputable esa precisa mala fe, aunque haya incurrido en imprevisión, temeridad, negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes. La garantía que tales bienes representan para los acreedores no autoriza a estos para interferir esa administración ni para pretender trazarle al deudor ciertas pautas al respecto. Así, si este, en un momento determinado, considera que cierto acto o negocio habrá de serle provechoso y tal previsión falla, ocasionándole una pérdida patrimonial, aunque esta pueda afectar la garantía de los acreedores, ellos no están legitimados para ejercer la acción pauliana, porque falta la mala fe del deudor que condiciona dicha acción.

276. El consilio fraudulento.—Entiéndese por tal en punto del fraude pauliano la connivencia o confabulación (consilium fraudis) entre el deudor y los terceros que participan, a sabiendas, en actos o contratos que producen o aumentan la insolvencia de aquel con perjuicio de sus acreedores.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2491, ciñéndose también a la ley romana, establece distinción al respecto, según que el acto impugnado sea oneroso o gratuito. Si es oneroso, como una compraventa, una permuta, una sociedad, la pertinencia de la acción está condicionada a la complicidad de quien contrata con el deudor en el fraude pauliano cometido por este, complicidad que entonces consiste en que dicho contratante también tenga conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. Por el contrario, si el acto es gratuito, como una donación o un legado, ya no hay lugar a la apreciación de la buena o la

mala fe de quien se beneficia con dicho acto, esto es, que ya no se requiere el consilio fraudulento, sino que basta el solo designio fraudulento del deudor y el perjuicio a los acreedores.

La precitada distinción obedece a razones que ya fueron expuestas por los jurisconsultos romanos. Cuando el acto es oneroso, esto es, que implica una prestación en favor del deudor realizada por quien contrata con él, se impone la consideración de la buena fe de esta persona. Así, al entrar en colisión la legítima pretensión de los acreedores de que sus derechos sean respetados y la pretensión igualmente legítima de quien ha contratado de buena fe con el deudor, en aras de la equidad y de la seguridad del comercio, la ley le ha otorgado preferencia a ese contratante de buena fe, descartando la procedencia de la acción pauliana en su contra. Por el contrario, si el acto es gratuito, es decir, si implica un beneficio que el deudor le depara a otra persona sin contraprestación alguna, ya no existe razón para averiguar si esta obra de buena o de mala fe. Basta que el deudor, debiendo conocer el mal estado de sus negocios, realice un acto de beneficencia con perjuicio de sus acreedores y en provecho de un tercero. En tal caso, ya no se enfrentan, como sucede respecto de los actos onerosos, las pretensiones legítimas de los acreedores y las de quien contrata de buena fe con el deudor, sino que se contraponen el interés legítimo de los acreedores y la pretensión de quien se ha beneficiado con el acto gratuito de conservar, sin contraprestación alguna, un enriquecimiento injusto, puesto que deriva del fraude de su benefactor. Entonces, ante esta pugna entre un interés legítimo y otro que es espurio, la ley prefiere al primero, otorgándoles a los acreedores la acción pauliana, sin considerar la buena o mala fe con que haya actuado el beneficiario del acto gratuito.

277. La prueba del fraude.—Siguiendo el principio general de que al actor le incumbe la carga de la prueba, le corresponde al acreedor que ejerce la acción pauliana demostrar el designio fraudulento del deudor en el acto gratuito o la connivencia fraudulenta entre este y quien con él ha contratado a título oneroso.

Ahora, como el fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor, hecho psicológico de difícil prueba y generalmente inasible, tal elemento axiológico de la acción pauliana de ordinario debe establecerse mediante pruebas indirectas relativas a los antecedentes del acto impugnado y de las circunstancias que han rodeado su realización. Al respecto, para facilitar el ejercicio de la acción pauliana, estimamos que mejor habría sido que el legislador hubiera sentado la presunción de fraude por parte del deudor, pues este debe conocer siempre el estado de sus negocios y debe prever el perjuicio a sus acreedores si celebra actos que lo coloquen en estado de insolvencia o que lo agraven. Desde luego, tal presunción debería ser exclusiva respecto del deudor, para no involucrar en ella casos tales como el del heredero del deudor que enajena bienes hereditarios sin tener conocimiento de las deudas de su causante.

278. Actos que pueden revocarse.—Visto está que el artículo 2491, al consagrar la acción pauliana solamente distingue entre los actos gratuitos y los onerosos, con el propósito de exigir respecto de estos últimos el consilio fraudulento, es decir, la complicidad de quien contrata con el deudor en el fraude que este comete contra sus acreedores, al paso que en los actos gratuitos solo se exige el designio fraudulento del deudor y el perjuicio a los acreedores. El propio texto legal relaciona, por vía enunciativa y no taxativa, algunos de los actos impugnables mediante la acción pauliana, tales los contratos onerosos, las hipotecas, prendas y anticresis, y agrega que los actos y contratos no comprendidos en tal relación, aun las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, son igualmente impugnables.

Por tanto, habida cuenta de la finalidad perseguida por la acción pauliana, cual es la de reconstituir el patrimonio del deudor que se ha hecho insolvente o ha agravado su insolvencia en perjuicio de sus acreedores, dicha acción procede respecto de cualquier especie de acto jurídico oneroso o gratuito que revista las características contempladas por la ley. Con otras palabras: siguiendo la tradición latina inveterada, caen bajo la acción pauliana todos los actos jurídicos unipersonales, convenciones y contratos determinados por el fraude (quae fraudationis causa gesta erunt) y a consecuencia de los cuales se produzca un traspaso de los bienes embargables del deudor, como una compraventa, o una permuta, o una donación, o un legado; o se constituya un gravamen sobre dichos bienes, como una hipoteca, o una prenda, o una anticresis; o cuando solamente se afecten tales bienes en forma tal que se perjudique la garantía de los acreedores, como un arrendamiento a largo término que dificulte la venta del bien para el pago de las obligaciones del deudor[1].

De lo dicho se desprende que no son impugnables por la acción pauliana los actos jurídicos de contenido extrapatrimonial, ni los que versen sobre bienes inembargables del deudor que no forman parte de la garantía general de los acreedores, ni los actos materiales (no jurídicos) que el deudor realice en ejercicio del derecho de dominio que tiene sobre sus bienes, como la reforma o la demolición de su casa de habitación. Los actos de esta última especie solamente podrían ser atacados, mediante acciones distintas de la pauliana, por los acreedores premunidos de garantías específicas sobre determinados bienes del deudor, como la prenda o la hipoteca.

279. La renuncia al enriquecimiento.—A propósito de los actos del deudor que pueden ser impugnables por este medio, conviene hacer la siguiente aclaración: en la ley romana el ejercicio de la acción pauliana se restringió a los actos del deudor que implicaran una disminución de su patrimonio, prenda común de los acreedores, excluyendo, por tanto, aquellos otros actos que sola-

[1] Cas. 26 de agosto de 1938, "G. J.", t. XLVII, 63; 15 de febrero de 1940, "G. J.", t. XLIX, 70; 31 de enero de 1949, "G. J.", t. LXV, 328; 17 de abril de 1951, "G. J.", t. LXIX, 535, etc.

mente evitaran el aumento de dicho patrimonio, impidiendo que el deudor se hiciera más rico[2]. Y así expresamente dicha ley negaba la eficacia de la acción pauliana respecto de la renuncia de una herencia o legado[3].

El Código Civil francés se apartó de la precitada solución romana al autorizar a los acreedores para obtener la revocación de la renuncia del deudor a una herencia y para aceptarla por este (art. 788), y es así como la doctrina dominante de los comentaristas de dicho Código considera que esta es una innovación al sistema romano.

Nuestro Código Civil acogió esta solución francesa, esto es, que también se apartó del descrito régimen romano de la acción pauliana. En su artículo 1451 preceptúa: "No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

"Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero". Y el artículo 1295 reitera: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso, la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Frente a estos dos textos legales transcritos resulta inocuo trasladar a nuestra doctrina la polémica bizantina acerca de si la comentada innovación es o no contraria a los principios clásicos, y de si constituye una aplicación de la acción pauliana o, más bien, de la acción oblicua francesa. Además, la innovación se justifica: tan fraudulenta es la conducta del deudor que burla a sus acreedores mediante realización de actos que sustraen bienes que ya existen en su patrimonio, como la que dicho deudor observa al renunciar al ingreso a dicho patrimonio de otros bienes que servirían para satisfacer los derechos de tales acreedores. En ambos casos, la equidad exige la protección de estos, que se logra mediante la revocación del acto fraudulento hasta concurrencia de sus créditos, que es precisamente el efecto propio de la acción pauliana consagrado expresamente por los citados artículos 1295 y 1451.

Para terminar este punto, conviene observar que nuestro Código de Procedimiento Civil omitió el establecimiento de un trámite general pertinente a la acción pauliana, omisión en que también había incurrido el Código Judicial derogado, cuyos redactores pensaron, y así lo expresaron, que el caso de la renuncia por el deudor de una herencia o legado era el único que merecía el señalamiento de un trámite especial, que es el mismo que hoy consagra mutatis

[2] Pertinent enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum non ad eos quiid agunt ne locupletentur, ULPIANO, Digesto, L. 6, tít. 8, Que in fraudem credit, 1, 42.

[3] Ibídem, L. 6, tít. 9, pargs. 2 y 4.

mutandis el artículo 592 del código primeramente mencionado. De esta suerte, en la generalidad de los casos, la acción pauliana debe ventilarse por la vía del proceso ordinario. Excepcionalmente, si ya se ha abierto proceso concursal de liquidación obligatoria del patrimonio del deudor, la acción pauliana se ventilará ante el juez civil del circuito especializado si lo hubiere o ante el juez civil del circuito del domicilio del deudor, por el trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía que regula el Código de Procedimiento Civil, el cual no suspenderá ni afectará el curso del trámite liquidatorio. Dispone también el artículo 187 de la ley 222 de 1995, que el juez y el tribunal darán prelación a estos procesos, so pena en incurrir en mala conducta, salvo que prueben causa que justifique la demora[4]. Y también excepcionalmente, si ya se está tramitando un proceso concursal concordatario al deudor, según el artículo 146 de la ley 222 de 1995, "de la acción revocatoria concursal conocerá el juez civil del circuito o especializado del comercio del domicilio del deudor. El trámite se hará por la vía del proceso abreviado y con un procedimiento preferente sobre los demás procesos, salvo el de la acción de tutela".

280. Los titulares de la acción pauliana.—Son los acreedores y solamente ellos. Desde el edicto pretorio que la introdujo en el derecho romano, se limitó la titularidad de la acción pauliana a los acreedores defraudados por actos del deudor. Y tal es la determinación que trae también el artículo 2491 de nuestro Código Civil. Por tanto, no es de recibo el empleo de dicha acción para el amparo de los derechos de otras personas que puedan encontrarse en situaciones similares a la de los acreedores defraudados. Así, por ejemplo, estableciendo nuestro ordenamiento, las asignaciones hereditarias forzosas y el derecho a gananciales en la sociedad conyugal, ni los asignatarios forzosos ni el cónyuge supérstite, respectivamente, están legitimados para impugnar mediante la acción pauliana los actos de disposición realizados por el causante o por el cónyuge difunto en fraude de los derechos de aquellos. Podrán sí ejercer, según el caso, otras acciones, como la de reforma del testamento o la de simulación, pero no la acción pauliana.

Al decir que la acción pauliana compete a los acreedores no se está significando, según lo pretende alguna opinión sin respaldo, que la acción debería ser ejercida por todos ellos y no solamente por alguno o algunos. La doctrina dominante, fundada en expresas soluciones romanas[5], ha admitido siempre ese ejercicio individual de la acción que, según veremos, tiene una eficacia relativa, en el sentido de que solamente aprovecha al acreedor o acreedores que la ejercen, salvo que sea instaurada dentro del trámite de un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria) por cualquiera de los acreedores, el contralor, el liquidador o la misma Superintendencia de Sociedades, caso en

[4] Ley 222, art. 187 y C. de P. C., arts. 427 y ss.

[5] Ulpiano, Digesto, L. 6, tít. 9, Quae in fraud, 1, 42.

el cual sí aprovecha a la masa, vale decir a todos los acreedores reconocidos en el proceso. Esto se desprende del muy novedoso e importante artículo 186 de la ley 222, a cuyo tenor: "Recompensas. En el evento que la acción fuere interpuesta por un acreedor, y ella prosperare total o parcialmente, este tendrá derecho a que en la setencia se le reconozca a título de recompensa, una suma equivalente al diez por ciento del valor comercial del bien que se recupere para el patrimonio a liquidar, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte".

En el mismo orden de ideas, sería inexacto pensar que la acción pauliana está reservada a los acreedores quirografarios que solo tienen la garantía general sobre el patrimonio del deudor, esto es, que quedarían excluidos de la titularidad de dicha acción los acreedores con garantía específica, como el prendario y el hipotecario, por cuanto estos pueden perseguir la satisfacción de sus créditos con el producto de la venta de los bienes del deudor gravados en su favor. Bien puede ocurrir que el producto de la venta de estos bienes gravados resulte insuficiente para cubrir el monto total de los créditos específicamente garantizados, en cuyo caso los respectivos acreedores también pueden perseguir los demás bienes del deudor, concurriendo con los acreedores quirografarios, vale decir, que, al igual que estos, aquellos están legítimamente interesados en reconstituir el patrimonio del deudor, fraudulentamente deteriorado.

A propósito de la titularidad de la acción pauliana, se ha preguntado si esta compete o no a los acreedores a plazo y a los condicionales, por cuanto sus créditos no se hacen exigibles sino a partir del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición, respectivamente.

Concretándonos a nuestro ordenamiento positivo, parécenos que la opinión acertada es la que los acreedores a plazo sí están legitimados para instaurar la acción, por dos razones que, en nuestro sentir, son incuestionables: a) porque el plazo no suspende el nacimiento de la obligación, sino solamente su cumplimiento; por tanto, el acreedor a plazo es un acreedor cierto (art. 1551), y b) porque, conforme el artículo 1553 del Código Civil, la insolvencia del deudor, que es presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana, es también causal de extinción del plazo, de donde resulta que el deudor que se encuentra en tal situación ya no goza del beneficio del plazo, o sea, que sus respectivas obligaciones se hacen exigibles[6]. Corrobora nuestra afirmación la ley 222 de 1995, la cual expresa que se harán exigibles todas las obligaciones a plazo, como efecto de la apertura del trámite liquidatorio.

En cuanto a los acreedores a plazo que pretendan ejercer la acción antes del vencimiento de este y de la apertura de un proceso concursal contra el deudor, sería lo lógico y acorde con la economía procesal que una misma demanda, fundada en la insolvencia del deudor, pudieran aquellos impetrar acumulativamente la declaración de extinción del plazo y la revocación del acto o actos

[6] Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 1138, pág. 620; en contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 426, pág. 252.

fraudulentos. Sin embargo, como la acción pauliana ejercida en tales circunstancias se ventila por los trámites previstos para el proceso ordinario y la declaración de extinción del plazo tiene una ritualidad especial (C. de P. C., art. 427, par. 2º, num. 6), parecería que tal acumulación de pretensiones sería improcedente (ibídem, art. 82, 3º) y que, por tanto, el acreedor tendría que obtener previamente la declaración de extinción del plazo por la vía especial, para luego sí instaurar la acción pauliana. Pero si, según lo sostiene la opinión general, el acreedor a plazo es un acreedor cierto y como tal está legitimado para ejercer la acción pauliana con prescindencia de la extinción o de la subsistencia del plazo, la conclusión que compartimos es la de que para el efecto no es necesaria la declaración previa de extinción del plazo.

La situación del deudor condicional es diferente, porque la condición suspensiva no solo suspende la exigibilidad de la obligación, sino que paraliza el nacimiento de ella (art. 1536). Como la condición es un hecho futuro e incierto que puede suceder o no, mientras está pendiente, no se sabe si el derecho crediticio por ella modalizado habrá de existir o no, de donde resulta que el titular del derecho ya no tiene la calidad de acreedor cierto, por lo cual la ley solamente lo autoriza para impetrar medidas conservativas (art. 1549). En verdad, sería jurídicamente inexplicable que se le permitiera a un acreedor condicional obtener la revocación judicial de un acto del deudor, para luego verificar que, por haber fallado la condición, se reputase que dicho acreedor nunca lo había sido y tampoco había tenido garantía alguna sobre el patrimonio del deudor[7].

Como la acción pauliana se endereza a reconstituir el patrimonio del deudor al estado que tuvo antes del acto fraudulento, la doctrina también considera que es requisito para la prosperidad de la acción que el crédito o créditos que se invoquen como lesionados sean anteriores a dicho acto. Fúndase esta solución en el principio de que la garantía que la ley reconoce a los acreedores recae sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre sus bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas[8].

281. Las personas sujetas a la acción.—Como la finalidad de la acción pauliana es la de reconstituir el patrimonio del deudor, haciendo regresar a él o liberando los bienes fraudulentamente enajenados o gravados en favor de otras personas, es claro que para que dicha finalidad se alcance la acción debe dirigirse no solo contra el deudor, sino también contra esas otras personas. El postulado de la relatividad de los fallos judiciales, según el cual estos no per-

[7] Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 1139, págs. 620 y 621.

[8] Exceptuándose de este requisito las acciones de revocación de actos realizados por el deudor concursado, durante el período o períodos sospechosos que anteceden a la apertura de un trámite concursal (concordato o liquidación obligatoria), actos que al ser impugnados en beneficio de la masa, aprovechan a todos los acreedores reconocidos en el proceso, aunque sus créditos sean posteriores a tales actos.

judican ni aprovechan a quienes no hayan sido partes en el respectivo proceso (res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prodesse potest), determina la necesidad de traer a dicho proceso a todos los que hayan participado en un acto o contrato, si se pretende quitar o modificar la eficacia de este. Existe entre tales agentes lo que se denomina un litisconsorcio necesario (C. de P. C., art. 83). Si la acción pauliana se instaurase solamente contra el deudor o contra quien hubiese adquirido el bien o bienes materia del acto impugnado, el fallo judicial no podría declarar la revocación de dicho acto ni la restitución de esos bienes al patrimonio del deudor. Tal es la razón para que se deba demandar conjuntamente al deudor y a sus copartícipes en el acto impugnado, y no como algunos lo han entendido, pues para la prosperidad de la acción pauliana sería indispensable acreditar el consilio fraudulento entre el deudor y dichos copartícipes, pues, como ya quedó expuesto, este consilio no se requiere respecto de los actos gratuitos, en los que basta el designio fraudulento del deudor, pese a lo cual también es necesario citar al proceso a los beneficiarios del acto.

El Código Civil colombiano, al igual que sus modelos, no contempló la posibilidad de que los acreedores dirigieran la acción pauliana contra los subadquirentes de los bienes salidos fraudulentamente del patrimonio del deudor, por lo cual se ofrece entre nosotros la duda al respecto, que ha originado extenso debate en la doctrina europea. La cuestión se plantea así: celebrado entre el deudor y quienes con él contratan un acto que perjudica a los acreedores, si los bienes adquiridos por estos copartícipes en el acto fraudulento se traspasan a otras personas, ¿procede o no contra estas la acción pauliana para que dichos bienes sean reincorporados al patrimonio del deudor? Con otras palabras: ¿El fraude pauliano no solo afecta al acto realizado directamente por el deudor, sino también a los actos de enajenación que posteriormente celebren sobre los mismos bienes las personas que los adquirieron de dicho deudor?

El silencio de nuestro Código en este punto podría interpretarse en el sentido de que el señor Bello se inclinó, como algunos intérpretes del código francés, en pro de la tesis negativa. Sin embargo, la doctrina dominante, fundada en las soluciones de la ley romana[9], opta por la afirmativa, y esto por razones que compartimos. Si los subadquirentes lo son a título gratuito, obtienen un enriquecimiento injusto a expensas del patrimonio del deudor y de los derechos de los acreedores, de donde surge la obligación de restituir que a dichos subadquirentes se les impone. En tal caso, la acción pauliana asume el carácter de una acción de in rem verso que tiende a evitar el acrecentamiento de un patrimonio a expensas de otro, sin una razón jurídica justificativa y, con más veras, cuando ese desplazamiento de valores obedece a un hecho ilícito, como lo es el fraude pauliano. Pero si el acto por el cual los bienes distraídos del patrimonio del deudor pasan al de los subadquirentes es oneroso, se imponen las mismas soluciones que determinan la ineficacia o la firmeza del acto celebrado entre el

[9] Digesto, L, 9, t. 8, Quae in fraud., lib. 42.

deudor y quienes con él han contratado directamente. Si el subadquirente ha obrado de buena fe, su adquisición no puede ser impugnada. Pero si él tenía conocimiento del vicio que afectaba el acto de su antecesor, si conocía que este acto era el resultado de un consilio fraudulento entre el deudor infiel a sus acreedores y dicho antecesor, la subadquisición también resulta viciada por el fraude pauliano; el subadquirente es un cómplice en ese fraude y, por tanto, queda sujeto a la acción que lo reprime.

Conviene advertir a este propósito que, al instaurarse la acción contra los subadquirentes, es necesario traer al proceso a todas las personas que han participado en la cadena de actos que han determinado las adquisiciones sucesivas: al deudor fraudulento, a quienes con él contrataron directamente y a los subadquirentes posteriores, pues entre todos ellos se estructura un litisconsorcio necesario, cuya ruptura impediría el pronunciamiento de un fallo estimatorio de la acción.

282. La oportunidad para instaurar la acción.—Siguiendo a la ley romana, nuestro Código Civil establece el corto término de un año para la prescripción de la acción pauliana. Presentóse entre los comentaristas de esa ley discrepancia acerca de cuándo debería comenzar a contarse dicho término. De su lado, el Código francés guarda silencio al respecto, por lo cual la mencionada discrepancia se ha acentuado entre sus comentaristas, pues en tanto que unos pocos estiman que la cuestión debe ser resuelta a la luz de la ley romana, la mayoría considera que se deben aplicar las reglas generales referentes a la prescripción ordinaria de las acciones. Cualquier debate acerca de este punto es inocuo en nuestra doctrina, porque el artículo 2491 del Código Civil, en su inciso final, al consagrar la acción pauliana define la cuestión así: "... 3º) Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".

Por lo que respecta a esta cuestión, la ley 222 de 1995 ofrece soluciones distintas. Veamos:

El artículo 183 de la ley dispone lo siguiente: "Acción revocatoria. Cuando los bienes que componen el patrimonio liquidable, sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, podrá demandarse la revocación de los siguientes actos o negocios, realizados por el deudor:

"1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago, y en general todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravamen, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de los intereses o derechos de los acreedores, durante los doce meses anteriores a la apertura del trámite concursal, cuando no aparezca que el adquirente obró con buena fe exenta de culpa.

"2. Todo acto que a título gratuito se hubiere celebrado dentro de los veinticuatro meses anteriores a la apertura de trámite concursal.

"3. Las reformas estatutarias y las liquidaciones sociales acordadas de manera voluntaria por los socios, formalizadas dentro de los seis meses anteriores a la apertura del trámite concursal, cuando con ellas se haya disminuido el patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores". Y por su parte, el artículo 85 ejúsdem preceptúa, sobre el término para presentar la respectiva acción revocatoria que "las acciones revocatorias podrán interponerse por el liquidador o por cualquiera de los acreedores reconocidos en el trámite liquidatorio, dentro del año siguiente a la fecha en que quede en firme la providencia de graduación y calificación de créditos".

Respecto del concordato, la ley 222 ordena, en su artículo 146 y en lo relacionado con la acción revocatoria, que "el contralor, cualquier acreedor o la Superintendencia de Sociedades, podrá incoar la acción revocatoria concursal de los actos realizados injustificadamente por el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal, cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación en los pagos.

"1. Los actos de disposición a título gratuito.

"2. El pago de deudas no vencidas.

"3. La constitución de patrimonios autónomos.

"4. La enajenación de los bienes no destinados al giro normal de los negocios, cuyo producido se haya destinado al pago de pasivos no exigibles.

"5. Las daciones en pago por deuda vencidas realizadas con bienes que representen más del 30% de los activos del concursado.

"6. Todo contrato celebrado con su cónyuge, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil, segundo de afinidad o con consocios en sociedades, distintas a la anónima, o con sociedades en que tenga participación el deudor o control administrativo de las mismas o cuando los parientes o cónyuges sean dueños en más de un 50% del capital social.

"7. La liquidación de bienes de la sociedad conyugal hecha por mutuo acuerdo o pedida por uno de los cónyuges con aceptación del otro.

"8. La constitución de los gravámenes, hipotecas, prendas o cauciones para garantizar deudas originalmente no caucionadas.

"9. La transferencia a cualquier título del o establecimientos de comercio del deudor, con lo cual se haya disminuido considerablemente el patrimonio y la capacidad productora de la empresa deudora.

"10. Las reformas de los estatutos de la sociedad deudora, cuando con ella afecte el patrimonio social, la responsabilidad de los socios o la garantía de los acreedores...".

Este artículo, al decir del profesor Francisco Reyes Villamizar, "a pesar de que en el proyecto de ley inicialmente presentado a consideración de la Cámara de Representantes no se preveía la existencia de acciones de revocación

durante la fase de concordato, en las modificaciones de última hora a que se ha aludido, se insertó el artículo 146 ... Es esta una rectificación verdaderamente apropiada, pues apunta claramente a la defensa de los derechos de los acreedores desde la misma apertura del proceso concursal" (ob. cit., pág. 434). Pero tiene esta norma el grave inconveniente de que, a diferencia del régimen de las acciones revocatorias en la liquidación obligatoria, no determina el plazo que tienen los acreedores, el contralor y la misma Superintendencia de Sociedades para instaurar la respectiva demanda, y sin que sea aplicable el principio general del artículo 2491 del Código Civil del año contado a partir de la fecha del acto o contrato, pues como se ve claramente son impugnables actos dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de solicitud del trámite concursal. Así las cosas, es indispensable aplicar por analogía el artículo correspondiente de la liquidación obligatoria, el cual, recordemos, habilita para presentar la demanda hasta el año siguiente a la fecha en que quede en firme la providencia de graduación y calificación de créditos.

En este mismo orden de ideas y por cuanto el artículo 2491 se encuentra en el título XL del libro IV del Código intitulado "De la prelación de créditos", institución esta que únicamente opera cuando en un proceso concurren dos o más acreedores, algunos han opinado que la acción pauliana solamente podría ejercerse una vez que el deudor hubiera sido sometido a un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria), y no antes. Incluso esta opinión fue acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia[10].

La doctrina, prácticamente unánime, no acepta esta tesis, sino que considera que la acción pauliana es un derecho auxiliar de todo acreedor, quien puede ejercerla individualmente dentro del término legal de un año, contando desde la fecha del acto o contrato fraudulento, antes o después de iniciarse el proceso concursal de concordato o liquidación obligatoria. El argumento en contra, según el cual la ubicación del artículo 2491 en el tratado de la prelación de créditos, estaría indicando que la oportunidad para el ejercicio de la acción pauliana arrancaría de la apertura de un proceso concursal contra el deudor, es un argumento empírico. En el mencionado título XL del libro IV del Código, no solo se trata de la prelación de créditos entre varios acreedores (arts. 2493 a 2511), sino que también se consagran disposiciones generales relativas al derecho crediticio. Así, el artículo 2488 declara el concepto abstracto de las obligaciones, que traslada la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, de su persona a sus bienes presentes y futuros, así constituidos en garantía general de los acreedores, quienes pueden perseguirlos desde el momento mismo en que sus créditos sean exigibles, sin necesidad de esperar la apertura de un concurso voluntario o forzoso contra el deudor. El artículo 2492 autoriza a los acreedores para exigir la venta de los bienes del deudor y para que con el producto se les paguen sus créditos, y nadie se le ha ocurrido sostener que esta

[10] Cas. 12 de diciembre de 1918, "G. J.", t. XXVII, 131.

facultad no podría ser ejercida individualmente por el acreedor único o por cualquiera de los acreedores, en un proceso singular de ejecución. Pues bien, el artículo 2491 consagra la acción pauliana como un derecho auxiliar de todo acreedor, y ella se endereza a que cualquiera de estos pueda preservar la garantía que sobre el patrimonio del deudor le otorga el artículo 2488. De aceptarse la interpretación que se critica del artículo 2491, se haría nugatoria la importante acción pauliana en la mayoría de los casos; se desconocería este valioso derecho auxiliar de todo acreedor, porque la prescripción de dicha acción en el término de un año, señalado por la ley, es una prescripción de corto término que no se suspendería mientras no se cumpliera ese pretendido requisito puramente formal de que la insolvencia del deudor afectara a varios acreedores y quedase establecida únicamente al iniciarse el respectivo proceso concursal.

En suma, la acción pauliana es una acción individual que compete a cualquier acreedor frente a los actos fraudulentos del deudor realizados antes de la iniciación contra este de un proceso concursal, y que debe ser ejercida dentro del año siguiente a la celebración del acto impugnado.

283. Los efectos de la acción pauliana.—Es esta una acción sui generis, inventada por el pretor Paulus, sin vinculación a otras acciones hasta entonces reconocidas en la legislación romana, y dotada desde su establecimiento de efectos propios. El Edicto Pauliano confrontó una situación aún no regulada y en la que estaban comprometidos los intereses de tres categorías de personas, a saber: el deudor, cuya responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones se trataba de hacer efectiva sobre su patrimonio, en vez de su persona; los acreedores que ya estaban dotados por la Lex Poetelia Papiria y por el Edicto Rutiliano de una garantía general sobre ese patrimonio del deudor; y los terceros que pudieran contratar con el deudor o beneficiarse de sus actos, con perjuicio a los acreedores, comoquiera que la mencionada garantía en favor de estos no privaba al deudor de la administración de sus bienes. Este conflicto de intereses fue resuelto por el pretor Paulus, creando la acción revocatoria de los actos fraudulentos del deudor, mediante la cual tales actos se reputaban no celebrados (ut perinde sint omnia adque si nihil gestum sit) frente al acreedor o acreedores que ejercieran la acción y hasta concurrencia de sus créditos, con las incidencias sobre la descrita situación conflictiva que seguidamente se puntualizan:

a) Quienes han participado en el acto fraudulento del deudor o se han beneficiado directamente con dicho acto deben restituir al patrimonio de aquel los bienes recibidos, o quedan privados de los derechos y beneficios que hayan reportado del acto. Así, si este es un título traslaticio, como una compraventa o una permuta, o un aporte social, o una donación, o una dación en pago, las cosas adquiridas por quienes han participado o se han beneficiado por el acto impugnado deben ser restituidas al patrimonio del deudor; si se trata de la constitución de un derecho sobre los bienes del deudor, como una prenda, o una hipoteca, o una anticresis, tal derecho se reputa inexistente; si el acto consiste

en la remisión de una deuda, esta se tiene por no extinguida; si el deudor ha renunciado a una herencia, legado o donación, tal renuncia queda revocada y el acreedor o los acreedores que la hayan impugnado pueden aceptar en vez del deudor y hasta concurrencia de sus créditos.

La eficacia de la acción pauliana por el aspecto comentado ya ofrece una característica propia de dicha acción. El fallo estimatorio de ella no invalida totalmente el acto impugnado, no hace tabla rasa de este, como sí ocurre con la declaración de nulidad que aniquila retroactivamente todos los efectos del acto, sino que dicho fallo solo hace ineficaz el acto impugnado hasta concurrencia del interés del acreedor o acreedores demandantes, dejando en pie todos los otros efectos producidos por el acto. Por ejemplo, si el acto impugnado es una donación de $ 2.000 y el interés de acreedor es apenas $ 1.000, el donatario no tiene que restituir sino esta última suma y conserva los $ 1.000 restantes, respecto de los cuales la donación continúa vigente. Y si el acto revocado es también, por ejemplo, una compraventa de cuerpo cierto, el comprador debe restituirlo al patrimonio del deudor; pero al ser vendido para el pago al acreedor o acreedores, si queda un remanente del producto de la venta, este no pertenece al deudor, sino a dicho comprador.

b) Todo lo dicho en el literal anterior respecto de los terceros inmediatos, esto es, las personas que han contratado directamente con el deudor fraudulento o han reportado beneficio del acto, se predica en los mismos términos y con el mismo alcance respecto de los subadquirentes de los bienes sustraídos del patrimonio de dicho deudor, llamados terceros mediatos por cuanto su adquisición o beneficio no se deriva del acto mismo del deudor, sino de actos posteriores de los terceros inmediatos, v. gr., la venta o la donación por estos de los bienes en cuestión.

Pero, según quedó expuesto, para que la acción pauliana afecte en la forma dicha a los terceros mediatos, deben ofrecerse respecto de ellos los mismos presupuestos axiológicos requeridos en el artículo 2491 del Código Civil.

c) La prosperidad de la acción pauliana ejercida por los acreedores, en sí misma ni mejora ni perjudica la mala situación económica del deudor fraudulento, porque si bien es cierto que en virtud del fallo estimatorio se restituyen al patrimonio de aquel los bienes sustraídos mediante el acto revocado, tal restitución solo beneficia a los acreedores que hayan ejercido la acción, permitiéndoles obtener la aprehensión y la venta de los bienes recuperados hasta concurrencia de sus créditos, y si el precio de esta venta excede del valor de tales créditos, según quedó dicho, el remanente no pertenece al deudor, sino a los terceros inmediatos o mediatos condenados a la restitución.

Igualmente, el fallo estimatorio de la acción tampoco empeora la situación económica del deudor insolvente, porque los terceros condenados a la restitución de los bienes no pueden ejercer la acción de saneamiento contra dicho deudor. Esta acción no procede en tratándose de actos gratuitos (art.

1479); y si el acto es oneroso, aunque se pudiera pensar que, en principio, el tercero evicto tendría esa acción de saneamiento (art. 1895), en la práctica esto no es así, porque como el fallo que condena al tercero a la restitución tiene que fundarse en su mala fe, en su complicidad en el fraude del deudor, la presunta acción no sería de recibo por aplicación del principio según el cual nadie puede ser oído cuando alega su propia inmoralidad (nemo audiens propriam turpitudinem alegans).

d) La revocación del acto fraudulento aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero solo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la acción pauliana: reconstituir la garantía que aquellos tienen sobre el patrimonio del deudor.

A este último propósito, se ha discutido si la revocación del acto fraudulento aprovecha a todos los acreedores o solamente a quienes han ejercido la acción pauliana. La doctrina tradicional dominante sostiene la relatividad del fallo que revoca el acto fraudulento, limitando su eficacia a los actores en el proceso, solución que estimamos acertada. En nuestro ordenamiento rige el postulado de la relatividad de los fallos judiciales, según el cual la cosa juzgada no puede aprovechar ni perjudicar a quienes no han sido parte en el litigio (res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prodesse potest). Así, en el caso de que la acción pauliana sea instaurada solamente por alguno o algunos de los acreedores, lo que está autorizado, según quedó dicho, careciendo estos de la representación de los otros acreedores, su actuación y el fallo respectivo no pueden vincular a los últimos (C. de P. C., art. 332).

Desde luego, la precitada solución varía cuando el deudor ya está sometido a un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria), porque la ley 222 de 1995, además de otorgarle personería al contralor, al liquidador y a la misma Superintendencia de Sociedades, cuyas actuaciones en materia de la acción revocatoria no pueden redundar sino en favor de la masa, dispone que los acreedores que intenten la acción una vez iniciado el proceso concursal, solamente tienen derecho a una recompensa, como lo prevé el artículo 186 ibídem, a cuyo tenor "en el evento que la acción fuere interpuesta por un acreedor, y ella prospere total o parcialmente, este tendrá derecho a que en la sentencia se le reconozca a título de recompensa, una suma equivalente al diez por ciento del valor comercial del bien que se recupere para el patrimonio a liquidar, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte".

284. La naturaleza de la acción pauliana.—Al relacionar los efectos de esta acción en el apartado anterior, advertimos que se trata de una acción sui generis, introducida por el derecho pretorio a manera de complemento de los procedimientos ejecutivos hasta entonces establecidos, la aprehensión de los bienes del deudor (missio in possesionem) y la venta de los mismos (bonorum venditio), por medio de los cuales se venía cristalizando la idea de que la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones debería

recaer sobre el patrimonio de este; desplazándola de su propia persona. Con la acción pauliana se quiso apenas proteger a los acreedores y solo a ellos contra los actos del deudor que fraudulentamente mermasen su patrimonio en detrimento de la garantía que sobre él se trataba de otorgar a aquellos. De ahí que el efecto principal de la acción se hiciese consistir en una revocación del acto fraudulento en beneficio de los acreedores que la ejerciesen y con un alcance relativo, pues tal revocación quedaba limitada hasta concurrencia de los créditos que se pretendía amparar, dejando en pie los efectos del acto que excediesen tal límite.

Pese a lo dicho, la doctrina posterior ha pretendido desconocer la naturaleza específica de la acción pauliana y ha tratado de asimilarla a otros tipos de acciones y de atribuirle el régimen pertinente a estos. Por ello, bien vale la pena criticar someramente las principales variantes de estos intentos doctrinarios.

285. a) La tesis de la nulidad.—Fue esta la más generalizada. Se pretendió encontrar en la acción pauliana una variante o aplicación de las acciones de nulidad, a consecuencia de la cual el acto impugnado se invalidaría totalmente con efecto retroactivo, el que implicaría la repercusión de la declaración de nulidad contra los terceros subadquirentes obligados a restituir al patrimonio del deudor los bienes recibidos por ellos.

Esta tesis, se dice, encontraría especial asidero en la redacción del artículo 2491 de nuestro Código, que otorga a los acreedores "el derecho para que se rescindan los contratos onerosos ...", como si estos actos impugnables con la acción pauliana estuviesen afectados de un vicio de nulidad relativa, conforme al inciso final del artículo 1741 de dicha obra.

Pero la doctrina moderna ha rechazado esta tesis de la nulidad, que no se compadece con el régimen tradicional de la acción pauliana. La declaración de nulidad de un acto, absoluta o relativa, hace tabla rasa de este, volviendo las cosas al estado en que se encontraban al tiempo de la celebración de dicho acto, efecto retroactivo que se proyecta sobre los adquirentes contra quienes procede la acción reivindicatoria (art. 1748). Además, las acciones de nulidad prescriben en 4 o 10 años, según que la nulidad, respectivamente, sea relativa o absoluta (art. 1750 y ley 791 de 2002, art. 1º).

Por el contrario, se repite que la revocación judicial del acto afectado de fraude pauliano se limita a los acreedores que hayan ejercido la acción y hasta concurrencia de sus créditos. Esta eficacia limitada se encuentra expresamente declarada por disposiciones de nuestro Código que se inspiran en el régimen clásico de la acción pauliana (arts. 1295 y 1451). Así, si el acto impugnado tiene un valor superior al del crédito o créditos que se pretende amparar con la acción pauliana, la revocatoria solamente afecta dicho acto hasta concurrencia de estos créditos, y del sobrante se aprovechará el tercero que haya contratado con el deudor o se haya beneficiado con el acto, lo que no ocurriría si la decla-

ración judicial fuera de nulidad con su efecto propio de aniquilar la totalidad del acto y sus efectos.

La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria, desde luego al dueño de las cosas materia del acto invalidado, contra los terceros poseedores (art. 1748). Pero resulta traída de los cabellos la explicación de la procedencia de la acción pauliana contra los terceros subadquirentes, apelando al comentado efecto de la nulidad. Basta simplemente tener en cuenta que los acreedores, titulares exclusivos de la acción pauliana, no tienen un derecho real sobre los bienes del deudor y, por tanto, mal podría atribuírseles una acción reivindicatoria, ni contra quienes hubieran contratado con el deudor ni contra los subadquirentes de estos. La acción pauliana es, pues, una acción personal que produce efectos restitutorios en provecho de los acreedores, porque así lo ha establecido la ley desde Roma, a manera de sanción a quienes hayan participado fraudulentamente en los actos onerosos del deudor, o de restablecimiento del derecho en los actos gratuitos que denoten un enriquecimiento injusto. Además, el artículo 1740 del Código Civil circunscribe el ámbito de la nulidad de los actos jurídicos a la falta de los requisitos que la ley prescribe para el valor de aquellos: capacidad legal de los agentes, consentimiento sano, objeto y causa lícitos, formalidades solemnes y, en ciertos casos, ausencia de lesión enorme. En el acto viciado de fraude pauliano no faltan tales requisitos. Por ello, la revocación judicial del acto deja en pie todos sus efectos, a excepción de aquellos que atentan contra el derecho de garantía general de los acreedores.

Acogiendo la solución romana, el artículo 2491 del mismo Código establece una prescripción de muy corto término para la acción pauliana, distinta de los plazos de 10 y de 4 años señalados para las acciones de nulidad absoluta y relativa, respectivamente.

En suma, la acción pauliana no es una acción de nulidad, y frente a las diferencias que el Código establece expresamente respecto de dichas acciones, resulta infundado suponer que la expresión rescindir, empleada por el señor Bello en los artículos 1451 y 2491, lo hubiera sido en el sentido estrictamente técnico que tal expresión reviste.

286. b) La tesis de la indemnización.—Otro sector de la doctrina ha pretendido reducir la acción pauliana a la de indemnización de perjuicios. Esta tesis afirma que al resultar perjudicados los acreedores por la disminución del patrimonio del deudor, surge en favor de aquellos el derecho a ser indemnizados, lo que se realiza mediante la reconstitución de dicho patrimonio hasta concurrencia de los créditos amparados por la acción, y no más allá porque esta, como indemnizatoria que es, no puede rebasar los límites del perjuicio sufrido por quien la ejerce.

Esta explicación es aparentemente satisfactoria, pero en el fondo resulta inexacta. En la doctrina latina la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones o por el hecho ilícito supone la falta de una persona, el perjuicio

que otro sufre y el nexo de causalidad entre la falta y el perjuicio. Además, dicha responsabilidad se traduce en una obligación nueva a cargo del deudor incumplido o del agente o agentes del hecho ilícito de indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor o a la víctima, quienes así adquieren un derecho crediticio también nuevo y correlativo a la obligación indemnizatoria. La acción pauliana no solo se confiere contra las personas que han participado en el acto o actos impugnados, cometiendo una falta que consiste en el fraude pauliano, sino también contra quienes se han beneficiado de buena fe con el acto gratuito del deudor, es decir, que no han incurrido en falta alguna, y, por tanto, no están sujetos a responsabilidad civil.

Frente al precitado argumento, quienes sostienen la tesis que se comenta, se han visto en la necesidad de adicionarla, distinguiendo si el acto es oneroso, caso en el cual sí se ofrecería una falta, el consilium fraudis, que sería la fuente de la obligación indemnizatoria a cargo de quienes hubieran participado en este, o si el acto es gratuito, caso en el cual, aunque el beneficiario estuviese de buena fe, se presentaría un enriquecimiento sin justa causa que le impondría la obligación de restituir el provecho indebido.

Como se ve, con este aditamento la tesis inicial se divide en dos: la de la responsabilidad civil para los agentes del acto oneroso y la del enriquecimiento sin causa para los beneficiarios del acto gratuito, combinándose así esas dos fuentes distintas de las obligaciones, a lo que se agrega que también se desnaturaliza la institución del enriquecimiento sin causa. La revocación del acto impugnado con la acción pauliana no reconstituye el patrimonio de los acreedores impugnantes, sino el del deudor, a lo que se agrega, según quedó dicho, que este en nada se aprovecha de tal revocación, esto es, que respecto de él no se da el efecto propio de la actio in rem verso que sanciona el enriquecimiento sin causa, cual es el de restituirle al empobrecido lo indebidamente ganado por el enriquecido.

La revocación del acto fraudulento a consecuencia de la acción pauliana no implica, a diferencia de la acción de indemnización de perjuicios, una obligación nueva a cargo del reo o reos vencidos y un derecho correlativo e igualmente nuevo que ingrese al patrimonio del actor o actores impugnantes.

En suma: la asimilación de la acción pauliana a la acción indemnizatoria de perjuicios, aun combinada con la de enriquecimiento sin causa, asimilación que se funda en algunas semejanzas aparentes o reales, también resulta forzada.

287. c) La tesis de inoponibilidad.—También se ha dicho que la acción pauliana es una acción de inoponibilidad, tesis que ha prevalecido en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia desde hace varios lustros[11]. La revocación del acto impugnado no lo invalida totalmente, sino que su efecto se

[11] Cas. 26 de agosto de 1938, "G. J.", t. XLVII, 63.

reduce a declarar que dicho acto es inoponible a los acreedores, quienes pueden tenerlo como no celebrado respecto de ellos para lograr la aprehensión y venta de los bienes distraídos del patrimonio de su deudor.

Lo primero que cabe observar respecto de esta tesis es que la inoponibilidad de los actos jurídicos es una figura sustancial que opera de iure, esto es, por ministerio de la ley que la consagra y sin necesidad de que para ello se ejerza una acción judicial. Así, por ejemplo, en el caso de la enajenación de cosa ajena, el dueño que no ha consentido en ella no necesita para reivindicar esa cosa que se declare que la venta le es inoponible; le basta simplemente usar de su acción reivindicatoria, del derecho de persecución de su cosa, porque esa venta no cuenta para él por ministerio de la ley.

En segundo lugar, en el supuesto de que se ejerciese una pretendida acción de inoponibilidad de un acto, la declaración de esa inoponibilidad a nada conduciría. Así, en nuestro ejemplo, si el dueño del bien vendido a non domino se limitara a pedirle al juez la declaración de su derecho de dominio por serle inoponible la venta, se quedaría en las mismas, porque esa situación alegada ya estaría definida por la propia ley, la cual concede otras acciones distintas y especiales, como la reivindicatoria, para hacer valer la inoponibilidad que ella misma consagra respecto de ciertos actos.

En tercer lugar, si la acción pauliana fuera una acción de simple inoponibilidad, cuyo efecto se redujera a la declaración judicial de que el acto impugnado no ha alterado el derecho de garantía del acreedor o acreedores, tal acción sería pírrica, porque, no obstante prosperar, no conduciría efectivamente a modificar la situación creada por el acto fraudulento.

Por el contrario, la acción pauliana se endereza a obtener un fallo judicial que es, a la vez, declarativo y de condena. Declarativo del carácter fraudulento del acto impugnado, y de condena en cuanto revoca dicho acto y ordena la restitución de los bienes distraídos del patrimonio del deudor.

En conclusión, la acción pauliana debe ser tratada doctrinariamente como una acción sui iuris que no necesita de la paternidad de otras figuras jurídicas distintas.

B. La nulidad de los actos del deudor concursado

288. La nulidad y la revocación de los actos del deudor.—Ya hemos dicho exhaustivamente que la acción pauliana no es una acción de nulidad del acto impugnado. Ahora importa puntualizar aquí que lo dicho no significa que los actos del deudor que perjudiquen a sus acreedores siempre tengan que ser impugnados mediante la acción pauliana y que nunca proceda contra ellos la acción de nulidad.

El Código Civil colombiano contempla dos situaciones distintas tocantes a los actos realizados por los deudores con perjuicio del derecho de garantía

general que se otorga a los acreedores. El artículo 2490 preceptúa: "Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores". Y el artículo 2491 siguiente, tantas veces citado, se refiere expresamente "... a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o de la apertura del concurso ...", respecto de los cuales consagra la acción pauliana impropiamente calificada allí como una acción rescisoria.

Pues bien, intérpretes del Código de BELLO no se han percatado de la diferencia sustancial que existe entre las dos situaciones contempladas por los citados textos legales. Según vimos en el apartado anterior, algunos consideran que todo acto del deudor que fraudulentamente perjudique la garantía general de sus acreedores es nulo, háyase celebrado antes o después de la cesión de bienes o en fin, de la liquidación obligatoria. Otros, al contrario, piensan que los artículos 2490 y 2491 del Código Civil colombiano consagran, por igual, la acción pauliana y que ambos textos incurren en impropiedad al hablar de nulidad y de rescisión, en vez de revocación de los actos a que se refieren.

Con este criterio nuestro Código de Comercio, por cierto caótico y contradictorio, englobaba en un solo artículo (1965) los actos del quebrado, incluyendo los realizados con posterioridad a la apertura de la quiebra, y preceptuando que estos últimos también están sujetos a revocación, esto es, que deben ser impugnados mediante la acción pauliana[12].

Ninguna de las posiciones comentadas es valedera ni se compadece con la preceptiva de nuestro Código Civil. De no ser esto así, lo primero que cabría preguntarse sería: ¿Por qué el señor BELLO habría incurrido en manifiesta redundancia al tratar en dos disposiciones seguidas (arts. 2490 y 2491), de los actos del deudor posteriores a la cesión de bienes o a la apertura de concurso y de los actos anteriores a estos hechos, si unos y otros habrían de quedar sometidos al mismo régimen bien fuera el de la nulidad o el de la revocación?

Pues bien, la razón de ser de los dos textos citados obedece a la pulcra distinción que el señor BELLO hizo entre dos situaciones gobernadas por criterios jurídicos diferentes.

Sabido es que al lado de las incapacidades generales para intervenir en el comercio jurídico, como las que afectan a los menores no habilitados de edad, a los dementes, a los sordomudos que no se pueden dar a entender, a los disipadores en interdicción judicial, el artículo 1504 del Código Civil establece

[12] La nueva ley sobre procesos concursales (222 de 1995) siguiendo los lineamientos de su antecedente (decr. 350 de 1989) es mucho más afortunada, como quiera que distingue claramente la revocación de determinados actos celebrados por el deudor con anterioridad al proceso concursal, de la ineficacia que fulmina el num. 3 del art. 98, en los siguientes términos: "3. Prevenir al deudor que, sin autorización, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni reformas estatutarias cuando se trate de personas jurídicas ...".

las incapacidades particulares en estos términos: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos". Además, estas incapacidades particulares, cuando la prohibición no obedece a la ilicitud en el objeto, están sancionadas con la nulidad relativa (art. 1741, in fine).

Ahora bien, el hecho de que el deudor esté sometido al trámite del proceso concursal de liquidación obligatoria no lo convierte en un incapaz general, como los enumerados por el artículo 1504, esto es, que no lo hacen inhábil para realizar todos los actos de la vida civil sin el ministerio o la autorización de un guardador; sin embargo, la aprehensión de sus bienes embargables y su separación de la administración de estos, la que se confía al liquidador, sí configuran una incapacidad particular del deudor, en cuanto este ya no puede realizar actos jurídicos relativos a esos bienes que integran la masa (nótese que el art. 166 de la ley 222 le confiere al liquidador la representación legal del deudor). Pero, como el deudor conserva su capacidad legal respecto de cualesquiera otros actos de la vida civil, incluso los tocantes a la administración y disposición de sus bienes no embargables, es evidente que las mencionadas medidas no implican el establecimiento de una incapacidad general, sino particular. Entonces se entiende que los actos del deudor posteriores al trámite de la liquidación obligatoria están sancionados por el artículo 2490, en consonancia con los artículos 1504 y 1741, con una nulidad que es relativa, porque no encaja en ninguna de las causales de nulidad absoluta relacionadas taxativamente por el artículo 1741, y porque la prohibición o incapacidad particular que viene a afectar al deudor en liquidación obligatoria respecto de los bienes que integran la masa, solamente se ha establecido en interés de los acreedores.

Bien diferente es la situación del deudor antes de ser sometidos a un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria). Conserva él entonces la libre administración de sus bienes, respecto de la cual no está afectado por incapacidad alguna y sus actos en tanto reúnan los requisitos legales son plenamente válidos. Por cierto, esta fue la situación que confrontó el pretor romano al crear la acción pauliana: antes de la toma en posesión de los bienes del deudor, este podía válidamente disponer de dichos bienes y hasta perjudicar impunemente los derechos de sus acreedores. Para remediar esta anomalía se otorgó a los acreedores individualmente, o al curator de los bienes, una vez abierto el concurso, el medio procesal, esto es, la acción pauliana, para obtener la revocación de aquellos actos que siendo válidos apareciesen celebrados en fraude de los acreedores. La referida atribución al curator no significaba que la acción pauliana procediera contra los actos realizados después de la apertura del concurso, porque para ese entonces el deudor ya había sido desposeído de sus bienes y mal podía ejecutar actos válidos de estos.

En conclusión: tan equivocado es considerar válidos y solamente revocables mediante la acción pauliana los actos del deudor ejecutados después de iniciado un proceso concursal, es decir, cuando aquel ya está afectado de una

incapacidad particular referente a la administración de sus bienes embargables, incapacidad sancionada con la nulidad, como es equivocado considerar nulos los actos del deudor anteriores a la apertura del proceso concursal, a pesar de que ellos reúnan los requisitos legales, y respecto de los cuales se estableció la acción revocatoria por fraude a los acreedores, precisamente por ser válidos tales actos.

C. La acción de simulación

289. Precisión.—A diferencia de la acción pauliana, que es un derecho auxiliar establecido privativamente en favor de los acreedores, la acción de simulación es un derecho general que compete a cualquier interesado, inclusive a quienes han participado en el acto simulado. Así, el vendedor o comprador puede solicitar la declaración judicial de simulación de la compraventa, para que esta se tenga por no celebrada, o se considere como la cobertura aparente de un contrato distinto, v. gr., de una donación; uno de los cónyuges puede impugnar la enajenación ficticia de los bienes del otro cónyuge cuando con aquella se ha disminuido el haber de la sociedad conyugal, y otro tanto puede hacer el asignatario forzoso cuando el acto simulado ha perjudicado su asignación. Igualmente compete la mencionada acción al acreedor cuyo crédito resulte lesionado por acto del deudor que ficticiamente haya mermado su patrimonio, que es la garantía general de sus obligaciones, etc.

De tal suerte, la acción de simulación, sin ser un derecho privativo de los acreedores, sí llega a constituir un medio auxiliar de que estos pueden servirse en defensa de sus créditos.

290. Concepto de la simulación.—En general, consiste esta en la connivencia entre las partes para fingir un contrato con el propósito de que este no produzca efecto alguno (simulación absoluta), o para disfrazar el contrato que realmente quieren celebrar con la forma aparente de otro contrato distinto, como cuando una donación se hace aparecer como si fuera compraventa (simulación relativa). Pertenece también a esta categoría la simulación por interposición de persona, como cuando la venta no se le hace al verdadero comprador, sino a un tercero que sirve de testaferro.

La doctrina, especialmente la francesa, ha considerado que en la simulación existen dos actos jurídicos que se superponen, cada uno de ellos dotado de sus elementos propios: la voluntad y la respectiva declaración de ella (lettres et contrelettres). Así, en la compraventa ficticia existirían este contrato en forma aparente y otro acto oculto que le restaría a aquel toda su eficacia; y en la donación disfrazada de compraventa también se ofrecerían dos contratos superpuestos: la compraventa aparente y la donación real. En ambos casos, la acción de simulación se orientaría a la declaración de la prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

Con base en un examen más acorde con la realidad psicofísica del fenómeno simulatorio, la doctrina moderna tiende a considerar que en la simulación no se dan dos actos jurídicos distintos sino uno solo, en el cual, bien sea que los contratantes tengan la intención de aparentar un acto totalmente ficticio y, a la vez, privarlo de eficacia, o bien que la intención sea de celebrar un contrato real, pero disfrazándolo con el ropaje de otro distinto, solo se ofrece una bifurcación, no en la voluntad de los agentes, sino únicamente en la declaración de estos. Así, dentro de esta teoría llamada monista, por descartar en la simulación la dualidad de actos jurídicos diferentes, el objeto de la acción de simulación es el de desentrañar y hacer prevalecer esa voluntad real sobre el disfraz de su declaración aparente, con lo cual dicho objeto responde a la tradición latina que manda preferir la real intención de los agentes sobre la declaración de ella.

La simulación no es necesariamente fraudulenta y, por ende, moral y jurídicamente condenable. Hasta puede ella obedecer a móviles a lo menos respetables, por ejemplo, cuando el benefactor, por modestia o discreción, quiere ocultar su acto de beneficencia. Pero como la simulación siempre envuelve un engaño al público, de ordinario está determinada por móviles espurios; trátase con ella de crear una situación aparente en perjuicio de derechos ajenos, como ocurre cuando el deudor, a sabiendas de su precario estado económico, se confabula con otra persona para sustraer transitoriamente bienes suyos de la persecución de sus acreedores o para beneficiar gratuitamente a dicha persona con detrimento de los legítimos intereses de estos. En tales casos, se impone el otorgamiento al damnificado del medio para defender sus derechos, cual es la acción de simulación, dirigida a establecer la prevalencia de la realidad sobre la apariencia engañosa creada por los agentes.

De esta suerte, los acreedores, frente a un acto de su deudor, que lesiona la garantía general que ellos tienen sobre el patrimonio de aquel, pueden optar, según su mejor conveniencia y las facilidades probatorias de que dispongan, por impugnar dicho acto mediante la acción de simulación o mediante la acción pauliana. Más aún, en ocasiones puede imponerse el ejercicio acumulado de ambas acciones, como cuando el deudor ha disfrazado un real acto gratuito con el revestimiento de otro de índole onerosa. En tal caso, a los acreedores les interesa no solo obtener la declaración de prevalencia del acto gratuito, sino atacar este sin necesidad de probar la complicidad del donatario o de sus causahabientes en el fraude pauliano del deudor.

IV. La subrogación de los acreedores

291. Concepto.—La subrogación de los acreedores es la sustitución de estos en el ejercicio o, más exactamente, en la administración de los derechos y acciones de contenido patrimonial y embargables, pertenecientes al deudor respecto del cual se está tramitando una liquidación obligatoria o simplemente

está sujeto a un proceso de ejecución, hasta que tales derechos y acciones sean vendidos en el respectivo proceso a terceros o a dichos acreedores, o hasta que el deudor recupere la administración, si el proceso termina por causa distinta del remate de bienes.

292. ORIGEN.—La subrogación de los acreedores en la forma dicha encuentra sus orígenes en el derecho romano, en el cual se estableció, así como la acción pauliana, para implementar los procedimientos de ejecución coactiva de las obligaciones.

Si bien es cierto, la Lex Poetelia Papiria (año 457) ya había consagrado el principio de que la responsabilidad del deudor recaía sobre sus bienes y no sobre su persona (pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse), aún en la época clásica era de uso normal la prisión privada por deudas, que implicaba para el deudor la obligación de trabajar para el acreedor o acreedores hasta desinteresarlos, salvo el caso de que hubiera hecho cesión de bienes en favor de estos, lo que le evitaba dicha sanción corporal y la declaración de infamia.

Pero, aunque la idea de que la responsabilidad del deudor recaía sobre su patrimonio había quedado ya declarada por la dicha Lex Poetelia Papiria, no fue sino mediante el edicto del pretor Plubius Rutilius (año 636) cuando se estableció un procedimiento para hacer efectiva en la práctica dicha idea. El mencionado Edicto Rutiliano introdujo la bonorum venditio, cuya tramitación conviene recordar por la influencia que tuvo en la redacción de nuestro Código Civil y que determinó las diferencias entre la subrogación de los acreedores en los derechos y acciones del deudor que dicha obra consagra y la institución francesa de la acción oblicua, que es una deformación del sistema romano.

La bonorum venditio estaba precedida de la aprehensión de los bienes del deudor (missio in bona), a solicitud de cualquier acreedor y en provecho de todos estos, quienes asumían la administración de tales bienes durante un corto lapso, quince a treinta días, mientras que por carteles se publicaba la separación del deudor de la administración de los bienes aprehendidos (proscriptio bonorum); se emplazaba a los demás posibles acreedores, y se anunciaba la subasta de tales bienes. Vencido dicho lapso, el magistrado convocaba a los acreedores que se hubiesen hecho presentes para que eligiesen un magister o curator encargado de administrar y vender en bloque los bienes de la masa y de repartir su producto entre los acreedores.

El procedimiento descrito sufrió algunas modificaciones introducidas por un senadoconsulto del Bajo Imperio, las cuales, en lo que interesa a nuestro tema, consistieron en darles a los acreedores la posesión, no la propiedad, de los bienes del deudor (missio in possessionem) durante un plazo hasta de cuatro años, en el cual esos bienes eran administrados por el bonorum curator nombrado por el magistrado de acuerdo con los acreedores, y quien ejercía en provecho de la masa los derechos y acciones del deudor. En esto, y nada más, consistía la

subrogación legal en tales derechos y acciones. Vencido el mencionado término de la posesión de los bienes, se procedía a su venta, no ya necesariamente en bloque como antes, sino individualmente (distractio bonorum).

Se echa de ver, por tanto, que en el sistema romano, ni los acreedores conjuntamente ni, menos aún, en forma individual, fueron autorizados para ejercer los derechos y acciones del deudor, pues tal función, que presuponía la separación de este de la administración de sus bienes (proscriptio bonorum) y la toma en posesión de ellos (missio in possesionem), era cumplida por el curator, en lugar del deudor desposeído.

293. Naturaleza y alcance.—Nuestro ordenamiento civil se inspira en el sistema romano y así concibe la subrogación de los acreedores en el ejercicio de los derechos y acciones del deudor como una función administrativa que ejerce un auxiliar de la justicia, liquidador o secuestre, mientras dura el proceso concursal de liquidación obligatoria o el proceso de ejecución singular ya iniciado contra el deudor, hasta que los bienes aprehendidos o embargados sean rematados y, por ende, adjudicados a terceros o a los acreedores rematantes, o hasta que el proceso termine de otro modo.

Este y no otro es el sentido que fluye del conjunto de los claros textos del Código Civil al respecto. A más de declarar en su artículo 2488 que los bienes del deudor, presentes y futuros, constituyen garantía general de los acreedores, y de autorizar a estos por el artículo 2492 para pedir la venta de tales bienes y el pago de sus créditos, el artículo 2489 dispone: "Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competen al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

"Podrán, así mismo, subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026".

Reitera la misma idea el artículo 1677 que, refiriéndose a la cesión de bienes del deudor, preceptúa: "La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables...". Pero el artículo 1678, en su inciso final, determina el alcance de la subrogación de los acreedores en los siguientes términos: "La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino solo la facultad de disponer de ellos o de sus frutos hasta pagarse de sus créditos". Finalmente, el artículo 1683 hace extensivas las reglas precitadas a los procesos de ejecución de los acreedores contra el deudor.

Las conclusiones que se desprenden de los textos transcritos, son las siguientes:

a) La llamada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor, no implica en manera alguna una sustitución de aquellos

en la titularidad misma de esos bienes, derechos y acciones, en forma tal que dichos acreedores pudiesen, por ministerio de la ley, usarlos, usufructuarlos o disponer de ellos como pudiera hacerlo el deudor.

b) La mencionada subrogación presupone la existencia de un proceso judicial, bien porque respecto del deudor se esté tramitando un proceso concursal de liquidación obligatoria, o bien, porque los acreedores hayan iniciado proceso singular de ejecución, pues es en tales procesos donde los acreedores pueden ejercer la facultad de disponer de los bienes del deudor o de sus frutos hasta pagarse de sus créditos, facultad esta que consagran los artículos 1678 y 2492 del Código, y

c) Por consiguiente, salta a la vista que la comentada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones de su deudor queda limitada a la administración de estos hasta la terminación del proceso respectivo, la que generalmente tiene lugar con el remate de los bienes aprehendidos, momento en el cual la administración de los bienes rematados corresponde al rematante, quien entonces ya la ejerce en nombre propio y no del deudor.

Complementan las anteriores conclusiones, emanadas del Código Civil, las regulaciones procesales pertinentes que también se han ceñido a la tradición romana a todo lo largo de nuestra historia legislativa. En los procesos singulares de ejecución, esto es, en los que solo interviene un acreedor ejecutante, embargados los bienes del deudor, no se le da a aquel la administración directa de estos, sino que se le confía durante el proceso a un secuestre (C. de P. C., art. 683); y en el proceso concursal de liquidación obligatoria, la administración de los bienes de la masa tampoco se le entrega directamente a los acreedores, sino al liquidador (ley 222 de 1995, art. 166).

Para terminar: siendo la llamada subrogación legal de los acreedores en los bienes del deudor un implemento de índole procesal, como lo fue en el derecho romano, para la efectividad de la garantía que la ley otorga a dichos acreedores sobre el patrimonio del deudor, es claro que tal subrogación, como esta garantía, solo funciona respecto de los derechos patrimoniales, es decir, de los derechos de contenido económico, tanto reales como crediticios, y respecto de las acciones que los tutelan, v. gr., la acción reivindicatoria, la ejecutiva, la de indemnización de perjuicios, etc., no así respecto de los derechos y acciones que tocan exclusiva o primordialmente con los valores morales del deudor. Mal podrían, entonces, pretender los acreedores, o el secuestre de bienes, o el liquidador, sustituirse al deudor para impugnar su paternidad respecto de un presunto hijo, o para impetrar la declaración de que el deudor es hijo o heredero de otra persona, o para demandar la nulidad de su matrimonio, o su divorcio, o su separación de cuerpos o de bienes con su cónyuge, o la revocación de una donación entre cónyuges por causa de la ingratitud del donatario, etc. En el mismo orden de ideas, como el artículo 2488 del Código Civil excluye de la garantía general de los acreedores los bienes que la ley declara inembargables, es claro que estos no pueden ser objeto de la subrogación de que se trata. Im-

porta recordar en este punto que entre los mencionados bienes inembargables se cuentan los llamados derechos personalísimos que, aun cuando puedan tener un contenido patrimonial, se otorgan exclusivamente considerando la situación muy especial que ocupan sus titulares. Entre otros, pertenecen a esta categoría de los derechos patrimoniales personalísimos los que se originan en el estado civil y en la organización de la familia, como el usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos, el derecho a alimentos, y otros derechos, como el uso y habitación, o el de suspensión de las prescripciones, o el que nace del pacto de retroventa, etc.

Pero además de las apuntadas restricciones, todos los derechos patrimoniales embargables del deudor son susceptibles de esa subrogación legal en favor de los acreedores, vale decir, que esta comprende "todos los bienes, derechos y acciones del deudor", según lo estatuye el artículo 1677 del Código Civil y lo ejemplariza el artículo 2489, ibídem, al relacionar ciertos derechos reales, como el usufructo y la prenda, y otros de índole crediticio, como los que tienen el arrendador o el arrendatario.

APÉNDICE

La acción oblicua francesa

294. Concepto e historia.—Antiguos autores franceses, entre ellos Doneau (Donellus) y Pothier, no entendieron la filosofía del sistema romano en punto a la organización de la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de las obligaciones. Así, ignoraron que al otorgárseles a los acreedores una especie de garantía general sobre los bienes del deudor, este conservaba la libre administración de los bienes mientras no hiciera cesión de ellos o fuera sometido a ejecución. Pasaron por alto que la única intervención que se les autorizó a dichos acreedores en esa libre administración por el deudor se redujo, mediante la creación de la acción pauliana, a obtener la revocación de sus actos fraudulentos (quae cum fraudis gesta erunt) que deterioraran la garantía de los acreedores por sustraer bienes ya existentes en el patrimonio del deudor; pero que esta intervención excepcionalísima no cobijaba las actuaciones simplemente culposas o las que, sin disminuir efectivamente el patrimonio del deudor, evitaran que este se hiciera más rico (eos quid id agunt ne locupletentur). Recuérdese a este último respecto que la ley romana expresamente negó a los acreedores recurso para impugnar la renuncia del deudor a una donación o a una asignación hereditaria, precisamente por la razón apuntada: porque la garantía de los acreedores versaba sobre los bienes ya existentes del deudor, pero no sobre la expectativa de adquirir otros.

El olvido de las precitadas directrices de la organización romana llevó a los aludidos autores franceses a ver en la subrogación de los acreedores un pretendido medio nuevo que autorizaría a estos para intervenir en la administración del deudor, estuviese o no él sometido a un proceso de ejecución. Consistiría

tal medio en la sustitución de cualquier acreedor en el ejercicio de cualquier acción perteneciente al deudor y que este, por malicia o por incuria, dejase de utilizar, impidiendo así que esa acción pudiera traducirse en el ingreso a su patrimonio de nuevos derechos o bienes perseguibles por los acreedores para la satisfacción de sus créditos. Este nuevo medio así inventado se bautizó acción oblicua (action oblique), porque en virtud de ella los acreedores podrían asumir la personería del deudor, obrando en nombre de este, para ejercer las acciones de él contra terceros.

Debido a la influencia que alcanzó el pensamiento de POTHIER en la redacción del Código Civil francés, este consagró expresamente esa acción oblicua en su artículo 1166, así: "Todos los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, a excepción de aquellos que estén vinculados exclusivamente a su persona".

295. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN.—Los comentaristas franceses suelen atribuirle las siguientes características a la acción oblicua:

a) De conformidad con la opinión minoritaria, a diferencia de la acción pauliana, que es una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, la acción oblicua sería una medida conservativa enderezada a prevenir el eventual deterioro de dicho patrimonio a consecuencia de la incuria del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones. Algunos la consideran como una medida intermedia entre las conservativas y las de ejecución, destinada a preparar estas últimas mediante la conversión de los derechos y acciones, que son valores potenciales del deudor, en bienes tangibles susceptibles de persecución por los acreedores[13].

b) La acción oblicua no es una acción específica y siempre idéntica, sino que es de contenido variable en cada caso, según la naturaleza de la acción del deudor en que se pretenda sustituir el acreedor. Así será reivindicatoria, ejecutiva, indemnizatoria, etc., según la respectiva naturaleza de la acción del deudor[14].

c) La acción oblicua es indirecta, porque el acreedor que actúa contra el tercero, no obra en su propio nombre, sino en reemplazo y en nombre del deudor.

d) La acción oblicua es individual, en el sentido de que puede ser ejercida por cualquier acreedor, aun antes de que el deudor sea separado judicialmente de la administración de sus bienes.

e) La acción oblicua no presupone la insolvencia actual del deudor. Basta para usar de ella que el acreedor abrigue justo temor de que la incuria del deudor en su administración pueda poner en peligro la satisfacción del crédito.

f) El ejercicio de la acción oblicua no requiere autorización judicial previa y especial, porque la facultad conferida a los acreedores proviene directamente de la ley, del artículo 1166 del Código francés[15].

[13] Sic. JOSSERAND, Cours..., t. II, núms. 659, 669 y ss.

[14] Ibídem, núm. 663.

[15] Ibídem.

g) La prosperidad de la acción oblicua aprovecha a todos los acreedores y no solamente al que la ha instaurado.

296. La utilidad práctica de la acción.—La característica de la acción oblicua que relacionamos la ha condenado al desuso en Francia, porque al no conferir ventaja particular alguna al acreedor que la ejerce queda este expuesto a realizar un esfuerzo inútil para sí, comoquiera que, a la postre, tiene que concurrir con los otros acreedores en los bienes que haya logrado incorporar en el patrimonio del deudor, incluso con los acreedores privilegiados, quienes pueden quedar totalmente satisfechos, sin que sobre un remanente de bienes para el pago de créditos del acreedor que haya logrado sin éxito el ejercicio de la acción oblicua.

297. La acción oblicua en Colombia.—Ya se dijo que en su Código don Andrés Bello optó por la institución romana de la subrogación de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor, como una medida de índole procesal más que sustancial, encaminada a asegurar la custodia y administración del patrimonio del deudor hasta que los activos del patrimonio aprehendidos en un proceso de ejecución sean adjudicados al rematante, acreedor o tercero, momento en el cual este, como es obvio, entra ya a administrarlos como propios y no en nombre del deudor. Esta es la razón por la cual no se trajo al Código mencionado el artículo 1166 de su modelo francés que consagró la acción oblicua, versión deformada del sistema romano.

No obstante lo dicho, los intérpretes chilenos y colombianos tampoco han comprendido la clara posición del señor Bello al respecto, y así han pretendido encontrar en su Código la consagración de la acción oblicua, según algunos, con el alcance general que a esta se le asigna en Francia[16], y según otros, limitada a unos pocos casos en que la creen establecida expresamente, pero a manera de excepción[17]. No sobra hacer un somero examen de estos casos últimamente mencionados.

a) Además de excluir de la persecución de los acreedores las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio y que existan en poder del deudor insolvente, el artículo 2489 autorizó la subrogación de los acreedores en los derechos reales que el deudor tenga en esas especies, por ejemplo, como usufructuario o prendario. Y el propio texto hace extensiva esa subrogación en el derecho de retención que tenga el deudor y en otros derechos crediticios, como los del arrendador o arrendatario, conforme a los artículos 2023 y 2026.

[16] Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 1112, págs. 581 y 582.

[17] Sic. Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 414, págs. 242 y 243.

Pues bien, los aludidos intérpretes consideran que los textos en cita permitirían a los acreedores, al igual que en Francia, entrar a ejercer, individual o colectivamente, todos los derechos reales y crediticios del deudor o, a lo menos, los allí relacionados, sin necesidad de autorización judicial previa y sin que exista proceso alguno contra el deudor.

La sinrazón de esta tesis salta a la vista: dentro de nuestra organización civil y procesal es un absurdo pensar que los acreedores pudieran, por sí y ante sí, declararse usufructuarios, o prendarios, o retenedores de cosa ajena, o arrendadores o arrendatarios en sustitución del deudor, antes de que en un proceso de ejecución contra este se les adjudicasen por remate esos derechos reales o crediticios. Luego, la subrogación de que tratan los comentados textos legales se limita, como en Roma, a asegurar la custodia y la administración de los bienes aprehendidos al deudor en un proceso y hasta que sean vendidos, momento este en que los adquirentes asumen esas funciones como titulares de tales bienes.

b) El hecho de un tercero que causa la pérdida de la cosa debida constituye para el deudor un caso fortuito que lo libera de su obligación. Pero, según el artículo 1736, el acreedor puede exigir que se le cedan los derechos o acciones del deudor contra quien por su hecho o culpa ha perecido la cosa.

Quienes ven en este caso una acción oblicua, no percatan que la acción conferida al acreedor por el citado texto legal es directa contra el deudor para que le ceda sus derechos y acciones contra el tercero, y no una acción indirecta u oblicua contra este.

c) Visto está entonces, que el derecho romano, al introducir la acción pauliana, limitó su eficacia a los actos fraudulentos del deudor que disminuyeran su patrimonio, excluyendo aquellos otros actos que evitaran su enriquecimiento, v. gr., la renuncia de una donación o de una herencia. Visto está, así mismo, que el Código Civil francés se apartó de esta solución romana y que en su artículo 788 estableció lo contrario, precisamente en punto de la renuncia de una sucesión, caso en el cual se autorizó a los acreedores para aceptar la sucesión en nombre del deudor y hasta concurrencia de sus créditos. Finalmente, se dijo también que el señor Bello se inclinó por esta innovación francesa y que la consagró, no solo en materia de repudiación de una asignación sucesoral, sino además en punto a la renuncia de una donación y al incumplimiento de la condición de que penda la adquisición de un derecho. En este caso, a nuestro entender, más que de una aplicación de la acción oblicua francesa, se trata de una extensión, contraria a la concepción romana, de la acción pauliana a esos actos que no implican sustracción de bienes del patrimonio del deudor, sino que impiden su acrecentamiento[18].

Por otra parte, al introducir el Código francés y el nuestro la comentada innovación, se cayó en la cuenta de que la sola revocación de la renuncia del deudor no era bastante para la defensa de los acreedores perjudicados, porque tal revocación únicamente conducía a que renaciera la expectativa del deudor,

[18] Ibídem, t. III, núm. 115, págs. 78 y 79.

quien bien podía paralizarla, no ya renunciándola, sino negándose a aceptarla; entonces, para lograr la finalidad perseguida, se autorizó a los acreedores para aceptar la donación o la asignación sucesoral en lugar y en nombre del deudor, creándose así una forma híbrida entre la acción pauliana o revocatoria y la oblicua, respecto de esta última en cuanto al ejercicio indirecto de la facultad de aceptar, propia del deudor.

La limitación de la revocación de la renuncia del deudor y de la aceptación por los acreedores, hasta concurrencia de sus créditos, coincide con el régimen de la acción pauliana que solo produce este efecto limitado, y no con el de la acción oblicua francesa, según el cual el ejercicio próspero de esta acción beneficia a todos los acreedores y no solamente a quien la haya ejercido.

PARTE CUARTA

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CIERTAS OBLIGACIONES

Capítulo I

LAS OBLIGACIONES NATURALES

I. Generalidades

298. Concepto.—En el estado actual del derecho, por regla general, toda facultad jurídica, vale decir, todo derecho subjetivo, apareja una acción mediante la cual el titular lo hace valer en justicia. Sin embargo, las legislaciones modernas sin excepción, inspiradas en el derecho romano, reconocen la existencia de obligaciones desprovistas de la acción de cumplimiento, las cuales, según la terminología tradicional, se denominan naturales por oposición a las obligaciones civiles.

El Código Civil colombiano formula esta clasificación en su artículo 1527, que dispone: "Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento; naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas...".

De suerte que, de acuerdo con la definición legal, las obligaciones naturales son jurídicas, es decir, reconocidas por el derecho, y se caracterizan por la carencia de acción para exigir su cumplimiento, pero cumplidas voluntariamente sirven de causa suficiente al pago, de tal modo que el deudor no puede repetir lo pagado en razón de ellas como si no fuera debido.

299. Origen histórico.—Parece que, bajo la influencia del estoicismo, el derecho romano honorario creó la institución de las obligaciones naturales para moderar las rigurosas consecuencias del sistema del ius civile que desconocía la capacidad para obligarse civilmente a ciertos seres humanos, como a los esclavos, a los individuos afectados por otras capitis diminutiones y a las personas sujetas a la patria potestad respecto de las otras pertenecientes a la misma domus, y que también negaba fuerza obligatoria a los simples pactos, esto es, a aquellas convenciones en que no se observaran las formas rígidas establecidas por la ley para la contratación[1].

[1] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 712; Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 346, pág. 135.

El derecho honorario reformó indirectamente este sistema primitivo, reconociendo que aquellas personas contraían obligaciones naturales, menos eficaces que las civiles, pero, al fin y al cabo, jurídicamente eficaces. Por la misma vía indirecta se admitió que los pactos no reconocidos por el sistema del ius civile eran fuente de obligaciones naturales. No se llegó hasta el punto de admitir que tales obligaciones dieran lugar a una acción, pero sí se les reconocieron otros efectos jurídicos limitados, como el de validar el pago hecho en razón de ellas.

300. El derecho moderno.—Las legislaciones modernas conservan la institución de las obligaciones naturales, a pesar de que hoy ya no existen los motivos que dieron lugar a su nacimiento en Roma, comoquiera que actualmente se reconoce la personalidad jurídica a todos los seres humanos, por el solo hecho de ser tales, y que el formalismo de los actos jurídicos se ha atenuado considerablemente, en aras del postulado de la consensualidad (solus consensus obligat).

Sin embargo, es erróneo pensar, con algunos, que la institución de las obligaciones naturales es un mero rezago del derecho romano, sin otra explicación que la historia, sin fundamento racional apreciable y sin utilidad práctica alguna[2].

En realidad, a partir de la Edad Media la teoría de las obligaciones naturales se ha venido elaborando a base de un fundamento estrictamente ético que la dota de fisonomía muy propia y de contenido racional bien sólido. De la institución romana queda hoy su estructura técnica, quizá no muy perfecta, pero el contenido ha variado considerablemente y sería error no reconocer este hecho.

Planiol y Ripert expresan que la opinión de Pothier, quien hacía consistir la obligación natural en un deber que se encuentra en el fuero de la conciencia, era la dominante hacia fines del siglo XVIII y la que inspiró a los redactores del Código Civil francés. Según Ripert el fundamento ético de la institución aparece ya definido, desde el momento en que los canonistas realizaron el análisis de los deberes de conciencia. La gran mayoría de los expositores modernos del derecho civil están de acuerdo en afirmar que la obligación natural se explica y justifica por el deber moral, cuya sanción jurídica ella representa. Y otro tanto puede decirse de la mayoría de los comentaristas de las legislaciones elaboradas en el siglo XIX bajo la inspiración del Código de Napoleón, la nuestra por ejemplo. Las legislaciones más recientes han conservado el concepto de la obligación natural, pero han reemplazado su denominación por la de deber moral[3].

¿Qué es, pues, una obligación natural en el derecho civil moderno? "Es un deber moral elevado al rango de obligación civil imperfecta"; es, como es-

[2] Cfr. Recaséns Siches, Estudios de la filosofía del derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1936, núm. 1, pág. 190.

[3] Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 337, págs. 131 y 132; Ripert, Régle morale dans les obligations civiles, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935, núm. 71, págs. 130 y ss.; Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. III, núm. 46, págs. 34 y 35.

cribe RIPERT, "un deber moral que asciende a la vida civil". Es un deber moral, porque toda su teoría reposa racionalmente sobre este concepto; y es una obligación imperfecta, porque el derecho positivo no le ha prestado la eficacia plena que caracteriza a las obligaciones civiles, sino que apenas le atribuye, como su consecuencia más importante, la fuerza suficiente para justificar y validar el pago que en cumplimiento de ella haga voluntariamente el deudor.

II. Casos de obligaciones naturales

301. ENUMERACIÓN LEGAL.—Los principales casos se encuentran enumerados en el artículo 1527 del Código Civil, que contiene casos de obligaciones naturales que han nacido como tales e hipótesis de obligaciones naturales provenientes de obligaciones civiles degeneradas.

302. OBLIGACIONES NATURALES ORIGINARIAS.—A ellas se refieren los ordinales 1º y 3º del citado artículo 1527. Son, pues, las siguientes:

303. a) LOS RELATIVAMENTE INCAPACES.—Las contraídas por las personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad y los disipadores que se hallan en interdicción para administrar lo suyo. Es decir, que esta primera especie de obligaciones naturales está formada por las de los relativamente incapaces; no las de los absolutamente incapaces, es decir, el impúber, el demente y el sordomudo que no se puede dar a entender, pues estos carecen de juicio y discernimiento. Corrobora este aserto el artículo 1504 que en su inciso 2º prescribe que los actos de los incapaces absolutos "no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución".

Algunos, como ALESSANDRI y SOMARRIVA, consideran que los disipadores en interdicción judicial para administrar sus bienes no quedan comprendidos entre las personas que pueden contraer obligaciones naturales, conforme al ordinal 1º del artículo 1527 comentado, a pesar de ser relativamente incapaces; precisamente, piensan ellos, por cuanto los disipadores se encuentran bajo interdicción por falta de juicio y discernimiento. CLARO SOLAR opina lo contrario y nosotros estamos de acuerdo con él, porque estimamos que para el efecto de las obligaciones naturales, la ley no exige que el deudor tenga pleno discernimiento y cabal juicio, sino que los tenga en la medida suficiente para ser considerado como relativamente incapaz y en estas circunstancias se encuentra el disipador interdicto, que no es un demente, sino una persona débil de voluntad[4].

En lo que respecta a la mujer casada, se debe tener en cuenta la reforma introducida por la ley 28 de 1932, cuyo artículo 5º le reconoce capacidad para

[4] ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 49, págs. 36 y 37; CLARO SOLAR, ob. cit., t. X, núm. 30, págs. 44 y ss.

administrar sus bienes, sin necesidad de autorización del marido. Sus obligaciones son, pues, civiles y no naturales.

304. b) La inobservancia de las solemnidades legales.—Las que proceden de actos que carecen de las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida. Otro ejemplo de aplicación del ordinal 3º del artículo 1527 del Código Civil, sería el siguiente propuesto por Claro Solar: en una donación se impone al donatario una prestación a favor de una tercera persona, donación que ha debido insinuarse y no lo ha sido; si el donatario ejecuta la prestación habrá pagado una obligación natural a pesar de ser nula la donación.

Alessandri y Somarriva estiman que la expresión "actos" empleada por el ordinal comentado está tomada en el sentido de actos unilaterales, y que, por consiguiente, la disposición no se aplica a los actos bilaterales o convenciones y aducen las siguientes razones: "a) el propio ejemplo que pone el artículo al hablar del testamento, acto unilateral; b) Pothier, inspirador del Código francés y del chileno, establecía que solo se refería a ellos, y c) porque, de aceptar que también se refiere a los contratos, se llegaría a absurdos jurídicos. Por ejemplo: una compraventa de bienes raíces debe constar por escritura pública. Se omite esta; si hubiera obligación natural, tendríamos dos caminos absurdos por seguir: o aceptar que el conservador [registrador de instrumentos en Colombia] inscribiera una escritura privada, lo cual es un absurdo, porque este solo inscribe cuando se le lleva un instrumento público; o aceptar que el comprador pudiera exigir al vendedor el otorgamiento de escritura pública para inscribirla, y si así pudiera, ya el vendedor no haría un pago voluntario, porque se le obligaría, y para que el pago de la obligación natural produzca efectos debe ser voluntario"[5].

Por el ejemplo que hemos tomado de Claro Solar, podrá verse que nosotros consideramos que el ordinal 3º del artículo 1527 del Código Civil es aplicable a toda clase de actos y no solamente a los unilaterales. El último argumento aducido por Alessandri y Somarriva en favor de la tesis contraria y que es el único que vale la pena refutar, es inexacto por las siguientes razones:

En primer lugar, la hipótesis legal tiene cabida generalmente en los casos en que la forma solemne se ha cumplido en su esencia, pero sin la observancia de la plenitud de los requisitos que le son propios, como cuando se ha otorgado la escritura pública de compraventa de bien inmueble, pero alguno de los otorgantes no está debidamente identificado. En tal caso, si se concluye que el contrato es nulo, si la escritura se inscribe en el registro de instrumentos y si el deudor cumple su obligación de entregar la cosa vendida, no se ve por qué no haya de reputarse que ha pagado obligación natural. El ejemplo propuesto por los citados autores es el de un caso extremo de inexistencia del acto jurídico

[5] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 51, págs. 39 y 40.

por falta absoluta de la forma solemne, del que hay que concluir, no que el ordinal 3º del artículo 1527 sea inaplicable a los actos jurídicos bilaterales, sino que un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales. De suerte que si el vendedor del inmueble se allana voluntariamente a otorgar la escritura omitida para que esta sea registrada, al hacerlo celebra un acto antes inexistente y que genera obligaciones que tampoco existían jurídicamente, ni siquiera como naturales. Otro ejemplo de más frecuente ocurrencia: el artículo 89 de la ley 153 de 1887 exige, para la validez de la promesa de contratar, varios requisitos, entre ellos que se señale un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. Se ha omitido este requisito o cualquiera de los otros exigidos por el texto legal citado, pero los prometientes cumplen la promesa; entonces, es claro que estos han pagado una obligación natural.

305. Obligaciones civiles degeneradas.—Los ordinales 2º y 4º del artículo 1527 del Código Civil tratan de ellas.

306. a) Las obligaciones prescritas.—Son estas las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción. Es decir, que transcurrido el tiempo necesario y satisfechos los demás requisitos legales, la obligación civil se transforma en obligación natural; el acreedor no puede exigir su cumplimiento; pero, si el deudor paga voluntariamente, no puede repetir lo pagado.

Alessandri y Somarriva sostienen que para que la obligación sea natural se requiere que la prescripción de la obligación civil haya sido declarada. Somarriva se funda en que antes la prescripción no produce efecto alguno, y Alessandri agrega que de no ser necesaria la declaración de la prescripción, el cumplimiento de la obligación natural vendría a confundirse con la renuncia tácita de la prescripción de que trata el artículo 2514 del Código Civil[6].

Nosotros no pensamos así. Basta que el acreedor no haya ejercido su derecho durante el término señalado por la ley para que la obligación civil se transforme en natural: desde tal momento el acreedor ya no puede exigir el cumplimiento, que es la primera nota característica de la obligación natural, y si el deudor paga voluntariamente, no puede repetir lo pagado, con lo cual se completa el concepto de esta última. Poco importa que el pago equivalga a la renuncia de la prescripción, pues, precisamente, cualquier pago de obligación natural implica renuncia a la ineficacia civil de ella. Así, el pago de la obligación contraída por un relativamente incapaz implica renuncia de la protección legal que la hace nula. Claro Solar está de acuerdo con esta tesis, porque ni la ley ni Pothier seguido por esta, exigen la sentencia judicial que declare la prescripción de la obligación civil para que esta se convierta en natural[7].

[6] Ibídem, núm. 52, págs. 40 y 41.

[7] Claro Solar, ob. cit., t. x, págs. 55 y 56.

307. b) Obligaciones desestimadas judicialmente.—Las obligaciones que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba. Para este caso se requiere que el acreedor haya hecho valer en juicio su derecho y que la sentencia correspondiente se lo haya negado por falta de prueba. Por regla general, la sentencia ejecutoriada hace tránsito a cosa juzgada, es decir, que lo resuelto por ella se presume ser cierto (res iudicata pro veritate tenetur), lo que hace imposible un nuevo debate judicial sobre el mismo problema fallado. De suerte que si la sentencia absuelve al deudor porque el acreedor no haya probado su derecho, este no puede exigir nuevamente el cumplimiento de la obligación que ha dejado de ser civil y entra en la categoría de las naturales.

308. Otros casos de obligaciones naturales.—Además de los enunciados en el artículo 1527, ¿existen otros casos de obligaciones naturales? Para decidir este punto es necesario tener en cuenta cuál es el fundamento de la institución. Ya hemos dicho que las obligaciones naturales en el derecho moderno reposan sobre un criterio estrictamente ético y que se explican por la sanción jurídica de ciertos deberes morales que el legislador no ha querido asimilar completamente a las obligaciones civiles provistas de fuerza coactiva, sino que, reconociéndolos como morales, solo les confiere eficacia jurídica para el caso de que sean voluntariamente cumplidos por el deudor. El Código Civil francés, a diferencia del nuestro, no tiene un tratado especial de las obligaciones naturales, sino que a ellas se refiere en artículos aislados. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan elaborado íntegramente la teoría respectiva, partiendo del fundamento ético tradicional de la institución y dando dos criterios para la determinación de cada caso particular, a saber: a) el criterio ético-social, según el cual el juez debe investigar si, atendido el medio social, tal deber moral puede constituir un vínculo jurídico; si puede revestir carácter obligatorio, y b) el criterio individual, que consiste en averiguar si la persona que ejecuta una prestación se considera obligada, caso en el cual se verifica pago de la obligación natural, o si no se considera obligada y, entonces, la prestación equivale a una simple liberalidad[8]. De suerte que la determinación de la obligación natural se desarrolla en el derecho francés, mediante dos ideas: a) deber moral, habida consideración del medio social, y b) conciencia en el deudor que paga de que está cumpliendo una obligación y no simplemente ejecutando acto de liberalidad o beneficencia. Por este camino, los autores y los tribunales reconocen otras obligaciones naturales, distintas de las relacionadas en el artículo 1527 de nuestro Código Civil, v. gr.: a) la que tiene el deudor quebrado, a quien sus acreedores, por concordato, han remitido una parte de sus deudas; en cuanto a esta parte el deudor queda obligado naturalmente y, por consiguiente, si paga no puede repetir lo pagado; b) otro tanto ocurre con los deberes morales impuestos por las relaciones de familia, como el que se tiene de alimentar al hermano necesitado o al hijo extramatrimonial no reconocido, o el que tiene el hijo de pagar

[8] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 718.

los gastos de la última enfermedad y entierro del padre, a pesar de que haya repudiado su herencia; c) la que tiene una persona de remunerar servicio importante que otra le ha prestado, etc.[9].

En punto del derecho civil chileno y del colombiano se ha dicho por algunos que el artículo 1527 del Código Civil (1470 del chileno) contiene enumeración taxativa y que, por ende, no existen otros casos de obligaciones naturales. Nosotros no pensamos así y creemos que la doctrina francesa debe ser adoptada en Colombia, como auxiliar poderoso para la moralización del derecho. Así, siempre que una persona pague un deber moral desprovisto de acción civil con la conciencia de que se encuentra obligada, debe interpretarse como caso de pago de obligación natural. Más aún: en los ejemplos doctrinarios y jurisprudenciales últimamente citados puede verse que el concepto de la obligación natural reviste en ellos más importancia que en los casos traídos por aquel texto legal.

309. Casos discutidos.—Veamos ahora algunas hipótesis dudosas de obligaciones naturales que se presentan en nuestro derecho civil.

310. a) Mutuo sin intereses.—El artículo 2233 del Código Civil dispone que "si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital". Quien presta a otro dinero u otra cosa fungible con cargo de restituírsela, realiza una prestación que este debe remunerarle en la forma usual que es la de pagar intereses. Por consiguiente, si el deudor hace esto último, aun a falta de estipulación, debe reputarse que cumple obligación natural[10].

311. b) Multa en los esponsales.—Con el deseo de rodear de garantías la libertad para contraer matrimonio, el Código Civil niega la obligatoriedad de los esponsales o desposorios y, con el mismo fin, dispone que tampoco podrá exigirse la multa que por uno de los esposos se hubiera estipulado a favor del otro para el caso de no cumplir lo prometido. Sin embargo, si se hubiese pagado la multa, no podrá pedirse su devolución (arts. 110 y 111). En este caso se dan tanto el efecto principal como el fundamento moral de la obligación natural. Pero, como el artículo 110 del Código Civil establece que los esponsales o desposorios "no producen obligación alguna ante la ley civil", se debe concluir que no se trata aquí de una obligación natural y que la ley excluye la posibilidad de repetir la multa pagada, a manera de sanción, por cuanto la estipulación de aquella coarta la libertad matrimonial y, por ende, tiene causa ilícita (art. 1525).

312. c) Pago más allá de la responsabilidad.—Bajo esta denominación los autores chilenos Alessandri y Somarriva comprenden el caso del heredero

[9] Planiol y Ripert, Traité..., t. II, núms. 342 y ss., págs. 133 y ss.

[10] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 64, pág. 45.

que paga deuda de la sucesión, que no le corresponde por haber aceptado la herencia con beneficio de inventario, y el del deudor que goza del beneficio de competencia y paga más de lo que está obligado[11].

La aceptación de la herencia con beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero hasta concurrencia de lo que recibe (arts. 1304 y ss.), y el beneficio de competencia de que goza el deudor en ciertos casos lo autoriza a pagar solo lo que buenamente pueda, dejándosele lo indispensable para su modesta subsistencia (arts. 1684 y ss.).

Consideran los autores mencionados que en tales casos no hay obligación natural, sino verdadera obligación civil, y que el deudor que paga más allá de la responsabilidad limitada que le corresponde solamente renuncia al beneficio que tiene[12].

Nosotros nos apartamos de esta opinión y estimamos que el que paga más allá del beneficio en aquellas hipótesis cumple obligación natural. En lo que toca con el heredero beneficiario cabe distinguir. Si los bienes relictos son suficientes para cubrir el pasivo sucesoral, el heredero único tiene que pagar todo este, sin que pueda alegar el beneficio de inventario. En la misma hipótesis de suficiencia de los bienes relictos, si los beneficiarios son varios y uno de ellos paga la deuda hereditaria más allá de la cuota que le corresponde, no hay pago de una obligación natural, sino que se trata de un pago con subrogación del heredero en el derecho del acreedor satisfecho, hasta concurrencia de las cuotas correspondientes a los otros herederos (art. 1668, 4°)[13]. Pero si los bienes del causante son insuficientes para atender a sus deudas y el heredero beneficiario paga el excedente de estas, sí hay pago de obligación natural, en cuanto pueda reputarse que dicho heredero se ha considerado moralmente obligado a hacerlo. Lo propio puede decirse del deudor amparado por el beneficio de competencia y que se siente moralmente obligado a realizar un sacrificio y a pagarles a sus acreedores algo más de lo que estaría civilmente obligado en razón de tal beneficio.

Claro está que en el pago más allá de la responsabilidad en los casos comentados hay renuncia del beneficio de que goza quien paga; pero, se repite, el pago de toda obligación natural siempre implica esa renuncia del beneficio legal que consiste en la inexigibilidad de la obligación que se soluciona.

313. d) Objeto y causa ilícitos.—Dispone el artículo 1525 del Código Civil: "No podrá repetirse lo que se haya pagado o dado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Por ejemplo, lo que paga una persona a otra por cometer un crimen no puede ser repetido. El texto citado impone una sanción al acto ilícito y no se puede hablar, entonces, de obligación natural, porque no solamente

[11] Ibídem, t. III, núm. 65, págs. 45 y 46.

[12] Ibídem, t. III, núm. 67, pág. 46.

[13] Véase núm. 577 infra.

falta el fundamento moral de dicha obligación, sino que precisamente existe lo contrario: la ilicitud del objeto o de la causa.

III. Efectos de las obligaciones naturales

Son ellos:

314. a) NO SE PUEDE REPETIR LO PAGADO.—El pago es un modo de extinguir las obligaciones, lo que significa que este siempre presupone la existencia de una obligación que le sirva de causa. Faltando esta, el que paga tiene acción para repetir lo pagado. De ahí que el artículo 2313 del Código exprese que "si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado". Pero no es necesario para la firmeza del pago que este se haga en cumplimiento de una obligación civil, vale decir, provista de acción, ya que, por definición, la natural produce el mismo efecto: no puede repetirse lo que se ha dado o pagado en razón de ella.

Este efecto, que es el más importante de las obligaciones naturales, supone que el pago se verifique en ciertas circunstancias, a saber: a) debe ser voluntario. Así lo exige el artículo 1527 del Código Civil con estas palabras: "Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes". Claro que no pudiéndose exigir el cumplimiento de la obligación natural, este debe realizarse voluntariamente por el deudor. Pero este requisito no significa que al hacerlo, el deudor haya de tener pleno conocimiento de que está pagando una obligación natural. Basta que el pago se haga voluntariamente y que la obligación natural exista, aunque el deudor incurra en el error de creer que la obligación es civil. El artículo 2315 del Código confirma plenamente lo dicho. Dispone este texto legal: "Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun obligación puramente natural". Luego, a contrario sensu, si el pago tiene por fundamento una obligación natural, no se puede repetir lo que se ha pagado por error de derecho, como sería el de pensar el deudor que está pagando una obligación civil[14]; b) debe ser hecho por persona que tenga la libre administración de sus bienes. Es decir, quien paga debe tener plena capacidad. Así, si se trata de obligación contraída por un incapaz, es indispensable que el pago se verifique cuando el deudor haya adquirido la capacidad; en caso contrario podrá repetirse lo pagado, como se concluye del inciso final del artículo 1527 citado, y c) deben reunirse todos los requisitos exigidos por la ley para la validez del pago en general.

315. b) PUEDEN SER NOVADAS.—La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que, por tanto, queda extinguida. Este efecto de las

[14] En contra, ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 56, pág. 42.

obligaciones naturales está consagrado en el artículo 1689 que dice: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente". De suerte que si, por ejemplo, un menor de edad contrae una obligación natural y, posteriormente, se acuerda un cambio de deudor, la obligación primitiva es causa suficiente de la nueva y el deudor no puede alegar aquella circunstancia para pedir la nulidad del contrato de novación.

316. c) Pueden ser caucionadas.—Apartándose del derecho francés y ciñéndose a la tradición romana, el Código Civil dispone en su artículo 1529 que "las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas en [sic] terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán". Importa, ante todo, precisar el alcance de este artículo. Como expresamente se dice en él, la caución debe ser prestada por un tercero, lo que se explica porque si es el mismo deudor natural quien la constituye, no pudiéndosele exigir la obligación principal, tampoco se le puede hacer efectiva la hipoteca, la prenda o la cláusula penal. Pero, entonces cabe preguntar: ¿cuál es el valor y la eficacia de la caución constituida por el tercero? Si se trata de prenda o de hipoteca que acceda a la obligación natural, sin que el tercero que la constituye contraiga obligación para con el acreedor, no se entiende qué objeto pueda tener la caución. En efecto: la hipoteca y la prenda, como derechos reales accesorios que son, sirven de garantía a las obligaciones principales, en cuanto facultan al acreedor para obtener la venta de la cosa y el pago con el precio de la obligación garantizada. Pero si esta no se puede exigir, conforme ocurre en el caso de que sea natural, no se ve cómo se pueda hacer efectiva la garantía, o sea, cómo se pueda obtener la venta de la cosa y el pago de la obligación. Si la caución es una fianza, el fiador contrae una obligación a su cargo, la que se le puede cobrar, sin que este pueda proponer el beneficio de excusión, esto es, el de que no se le exija su obligación antes de perseguir la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por este (arts. 2383 y 2384), y sin que pueda alegar tampoco excepciones personales del deudor principal, como sería la de incapacidad de este último (art. 2380). De manera que para que se pueda hacer efectiva la prenda o hipoteca constituida por un tercero, se requiere que este se obligue personalmente, o sea, que tenga el carácter de fiador prendario o hipotecario. Si la caución es una cláusula penal, para que produzca efecto es necesario que un tercero también se obligue personalmente a pagar la multa en el caso de que el deudor natural no cumpla la obligación (art. 1593). En síntesis: la caución de la obligación natural constituida por un tercero requiere siempre para su eficacia que dicho tercero se obligue personalmente para con el acreedor.

En el derecho romano las obligaciones naturales sí podían ser garantizadas directamente por una hipoteca, por un pacto de constitutum, etc., lo que se explica por el hecho de que algunas de ellas estaban dotadas de cierta exigibili-

dad; podían, por ejemplo, entrar en compensación, lo que implicaba que se hicieran efectivas contra la voluntad del deudor. En el derecho moderno no se admite este efecto, es decir, el de la compensación para las obligaciones naturales, y, por esta razón, la doctrina francesa rechaza totalmente la posibilidad de caucionarlas[15].

317. d) No se extinguen por sentencia desestimatoria.—Tal es lo dispuesto por el artículo 1528 del Código Civil, que no requiere comentario. Dice así: "La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural".

[15] Josserand, ob. cit., t. II, núm. 715.

Capítulo II

OBLIGACIONES "PROPTER REM"

318. Concepto.—El Código Civil no tiene un tratado especial de las obligaciones propter rem, llamadas también obligaciones reales por oposición a las obligaciones comunes. Sin embargo, dicho Código, lo mismo que el francés, contiene aplicaciones especiales de ellas. Además, la doctrina colombiana no ha elaborado aún la teoría de las obligaciones propter rem, estimamos conveniente dar algunas orientaciones sobre la materia.

Las obligaciones propter rem se pueden definir como las que se dan con ocasión de un derecho real principal de que es titular el deudor e imponen a este la necesidad de ejecutar una prestación, exclusivamente en razón y en la medida de su derecho[1]. El artículo 916 del Código Civil nos suministra un ejemplo de la obligación propter rem. Dispone: "Las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos. Sin embargo, podrá cualquiera de ellos exonerarse de este cargo abandonando su derecho de medianería, pero solo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia". La obligación de contribuir en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento se impone exclusivamente en razón del derecho de propiedad que el deudor tiene en dicho cerramiento, y, por consiguiente, deja de pesar sobre él cuando abandona o traspasa tal derecho.

La obligación propter rem tiene los mismos elementos esenciales de la obligación de derecho común: es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas (deudor) tiene que realizar una prestación en favor de la otra (acreedor). Sin embargo, la obligación propter rem se caracteriza y se diferencia de la obligación común, porque aquella solamente se da en razón de un derecho real de que es titular el deudor y al que dicha obligación accede.

La obligación de esta especie es, pues, una carga que se impone al que tiene el derecho de propiedad u otro derecho real sobre una cosa, de donde le viene la denominación de obligación propter rem.

319. La obligación "propter rem" y el derecho real.—Desde el momento en que la obligación propter rem es una carga para el titular del derecho real, se

[1] Julien Bonnecase, Précis de droit civil, t. II, núm. 134, págs. 170 y 171.

colige que dicha obligación es diferente de este derecho que, por su esencia, es una facultad o conjunto de facultades: una cosa es la propiedad sobre la medianería u otra es la obligación de contribuir con los vecinos en las expensas de su construcción, conservación y reparación; el derecho de medianería es la facultad y la obligación es la carga accesoria.

Por otra parte estimamos, siguiendo a BONNECASE, que las obligaciones propter rem solamente se presentan con ocasión de los derechos reales principales, vale decir, de la propiedad y de sus desmembraciones, y nunca con motivo de los derechos reales accesorios o de garantía, como son la hipoteca y la prenda. En cuanto a estos, las hipótesis de obligaciones propter rem que la doctrina ha formulado son falsas y obedecen a semejanzas superficiales. Se ha dicho, por ejemplo, que es obligación propter rem la que tiene el tercero adquiriente de un bien hipotecado o dado en prenda de pagar la deuda garantizada o de sufrir en el bien gravado la persecución del acreedor. Es verdad que el derecho real accesorio o de garantía confiere al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en cualesquiera manos en que se encuentre, y también lo que es el tercero adquiriente puede renunciar su derecho en favor de los acreedores, con lo cual estos ya nada pueden exigir de él. Pero estas consecuencias no se aplican, como se ha pretendido, porque el tercero adquirente tenga una obligación propter rem, sino porque este, lo mismo que cualquiera otra persona, está obligado a permitir el ejercicio de las facultades propias del derecho real que tiene el acreedor. Todo derecho real principal o accesorio apareja, por principio filosófico, según lo hemos visto, un deber correlativo a cargo de todo el mundo: el de no impedir al titular el ejercicio de su derecho. Ahora bien, de la propia manera que la persona que permite a su vecino el ejercicio del derecho de propiedad no cumple una obligación propter rem, el tercero adquirente del inmueble hipotecado o dado en prenda que tiene que permitir al acreedor satisfacer su crédito con el valor de la cosa gravada, tampoco cumple una obligación propter rem. En ambos casos se trata de un deber correlativo al derecho real y que se confunde con él, como que es su aspecto pasivo. Por el contrario, en el ejemplo que antes propusimos de obligación propter rem, se trata de una carga diferente del derecho real que tenga el acreedor. Una cosa es que yo no deba estorbar el ejercicio de la propiedad de mi vecino y otra distinta es que, en razón de mi derecho de propiedad, tenga que contribuir con este en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento común. En el primer caso, hay un deber correlativo al derecho del vecino; en el segundo, hay obligación accesoria a mi derecho real y distinta de este.

También se ha afirmado que la obligación que tiene el acreedor prendario de conservar la cosa que se da en prenda es una especie de obligación propter rem. Sin embargo, ello no es así: dicha obligación se deriva de la guarda que se le confía de la cosa, y no del derecho real prendario; bien puede ocurrir que la tenencia de la cosa pignorada corresponda a un tercero por estipulación de los contratantes y es, entonces, este tercero quien debe de conservar la cosa, sin

que tenga ni derecho real ni obligación propter rem. Otro tanto puede decirse de la prenda sin desapoderamiento, regulada por el Código de Comercio, en la que se deja al propio deudor la tenencia de la prenda.

De suerte, pues que estamos de acuerdo con BONNECASE en que las obligaciones propter rem solo existen en razón de los derechos reales principales[2].

320. LAS SERVIDUMBRES Y LAS OBLIGACIONES "PROPTER REM".—Por cuanto nuestro Código Civil, a semejanza del francés, establece varios casos de obligaciones reales o propter rem en el capítulo II, título XI de su libro 2º, que contiene el tratado de las servidumbres legales, algunos han pensado que dichas obligaciones constituyen verdaderas servidumbres, vale decir, derechos reales que gravan la propiedad inmueble, lo que se comprueba, según dicen, con el hecho de que las relaciones que constituyen estas obligaciones son independientes de las personas de los propietarios: "No es Primus, propietario del fundo A, el que está obligado a observar las distancias requeridas para las plantaciones, construcciones o ventanas: es el mismo fundo A el que está sujeto a dicha carga; y si Primus le vende a Secundus, es el nuevo propietario el que sufre el estatuto reglamentario, a la vez que su causante queda libre de él"[3].

La inexactitud de esta tesis resulta con solo tener en cuenta que la servidumbre es un derecho real que, por consiguiente, no puede imponer al propietario del predio que la sufre deber distinto del negativo de no impedir el ejercicio del derecho por parte del dueño del predio dominante, deber este que pesa sobre cualquier otra persona, al paso que existen obligaciones propter rem que exigen del deudor la ejecución de un acto positivo que ya no representa el mero respeto del derecho real ajeno: así, el artículo 900 impone al propietario de un predio la obligación de concurrir con sus vecinos al deslinde y amojonamiento del predio; los artículos 904 y 916 le imponen la obligación de concurrir en la construcción, conservación y reparación del cerramiento común; y lo propio puede decirse respecto de otros ejemplos de obligaciones propter rem que existen en nuestro Código, v. gr., el que consagra el artículo 855, que obliga al usufructuario a pagar las pensiones, cánones y en general, las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen, como también los impuestos fiscales periódicos que la graven durante el usufructo en cualquier tiempo en que se hayan establecido. De suerte que no hay manera de asimilar las obligaciones propter rem a los deberes que tiene que cumplir el dueño del predio sirviente gravado con el derecho real de servidumbre y que son correlativos a este.

321. LA OBLIGACIÓN "PROPTER REM" Y LA MODAL.—Al formular la clasificación de las obligaciones excluimos de ellas las llamadas obligaciones modales,

[2] Ibídem, núm. 135, págs. 172 y 173.

[3] LOUIS JOSSERAND, Cours de droit civil, t. I, núm. 1495.

por considerar que el concepto de estas es del todo inexacto, o, dicho con otras palabras, que tal especie de obligaciones no existe. Cuando por un testamento o por un contrato cualquiera se le impone al asignatario o a uno de los contratantes un modo que, según la definición que trae el artículo 1147, consiste en la obligación de aplicar lo asignado a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, no es esta obligación lo que está modalizado, sino ese algo asignado por el testamento o transferido por el contrato. Así, si se lega o se vende un inmueble con la obligación de destinarlo al funcionamiento de un colegio, lo que está modalizado es el derecho del adquirente, pero no la obligación que se le impone y que, por definición legal, es el modo.

Ahora bien, como la obligación de que se trata existe en razón del derecho transmitido o transferido, dicha obligación responde precisamente al concepto de la obligación propter rem, concepto este que no había sido aún averiguado en la época de la redacción de nuestro Código Civil[4].

322. Efectos principales de la obligación "propter rem".—a) Si el deudor propter rem abandona su derecho real (déguerpissement del derecho francés), queda ipso facto libre de su obligación, como expresamente lo enuncia el artículo 916 del Código Civil: el que tiene derecho de medianería puede exonerarse de su obligación de concurrir en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento, abandonando su derecho; y, para citar un ejemplo más, el usufructuario se libera de su obligación de pagar los cánones, pensiones, impuestos y demás cargas periódicas que le corresponden según el artículo 855 del Código Civil, cuando el usufructo se extingue, lo que puede ocurrir por renuncia del usufructuario, como lo prescribe el inciso final del artículo 865 de la misma obra. Por el contrario, la obligación de derecho común liga al deudor, sin que a este le sea lícito liberarse de ella en otra forma que cumpliéndola.

b) La obligación propter rem se transfiere y se transmite junto con el derecho real a que accede. Así, si el propietario de un predio lo enajena a otra persona, esta adquiere la obligación de concurrir en las expensas del cerramiento y aquel se libera de dicha obligación.

[4] Véase núm. 29 supra.

Capítulo III

OBLIGACIONES A PLAZO

I. Generalidades

323. Concepto del plazo.—El artículo 1551 del Código Civil lo define, diciendo que es "la época que se fija para el cumplimiento de la obligación". Pero esta definición legal es defectuosa por un doble aspecto: en primer lugar, reduce dicha modalidad al campo de las obligaciones, cuando, en realidad, ella puede afectar toda clase de derechos; y, en segundo lugar, limita la eficacia del plazo a la suspensión del cumplimiento de la obligación, omitiendo así otro efecto suyo no menos importante, cual es la extinción del derecho por él modalizado.

El plazo o término puede definirse con la mayor propiedad como un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho (C. C., art. 1138).

324. Características del plazo.—De la anterior definición resulta que el plazo tiene dos características esenciales: a) ser un hecho futuro, requisito que se entiende respecto del momento en que nace el derecho, v. gr., el de la celebración del contrato; o también con el momento del otorgamiento del acto que establece el plazo, como cuando se trata de un testamento (art. 1129); es obvio que un derecho no puede exigirse ni extinguirse antes de nacer, y b) ser cierto, es decir, que pueda saberse dentro de las previsiones humanas que seguramente se realizará el hecho que lo constituye; así, una fecha futura, como el 13 de diciembre próximo, o la muerte de una persona, constituyen plazo o término.

325. Clasificaciones de los plazos.—El plazo puede ser de varias clases, a saber:

326. a) Plazo determinado e indeterminado.—El plazo es determinado si se sabe cuándo ha de llegar, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del contrato. Es indeterminado si no se sabe cuándo ha de llegar, como el día de la muerte de una persona (art. 1139).

327. b) PLAZO LEGAL, CONVENCIONAL Y JUDICIAL.—Para esta clasificación se atiende al origen del plazo. Legal es el establecido por la ley, v. gr., el de diez días que tiene el mutuario para el pago, cuando no se hubiere estipulado otro diferente en el contrato (art. 2225). Convencional, que es el más frecuente, es el que resulta del acto o contrato, como el que fija el testador para una asignación a día. Judicial es aquel cuyo señalamiento corresponde al juez en casos especiales que las leyes designen.

El inciso 2º del artículo 1551 preceptúa que "no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación, solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes". De suerte que la regla general en nuestro derecho es la de que el señalamiento de los plazos se haga por la ley o por los actos jurídicos, sin que al juez le sea dado modificarlos. Acúsase a este respecto una diferencia con el derecho francés que faculta al juez para conceder al deudor un plazo de gracia, cuando el plazo de derecho se encuentra ya vencido y, por consiguiente, la obligación se ha hecho pura y simple. De paso notamos que nuestro Código es superior al francés en este punto, pues el otorgamiento al juez de la facultad para modificar los plazos de derecho puede conducir al abuso o, cuando menos, a que se destruya la finalidad del contrato, como ocurre cuando el acreedor ya no tenga interés en el cumplimiento de la obligación después de pasado el término, y que, entonces, prefiera optar por la resolución del contrato.

Como el texto legal transcrito lo dice, le corresponde al juez interpretar el plazo concebido en términos vagos u oscuros sobre cuya inteligencia discuerden las partes. Esta regla es aplicación de las que gobiernan la interpretación de la ley y de los contratos.

En algunos artículos del Código Civil se faculta al juez para señalar el plazo. Así, el artículo 1152 se refiere al caso de que el testador no haya determinado suficientemente el tiempo en que haya de cumplirse el modo, y el 2226 dispone que si se hubiese pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término.

328. c) PLAZO EXPRESO O TÁCITO.—El primero es aquel que se señala en términos explícitos. El segundo tiene lugar cuando no existe plazo expreso y la obligación no es susceptible de cumplirse inmediatamente, como cuando compro a una persona unas mercancías que esta tiene en Barranquilla y debe entregarme en Bogotá. El plazo tácito es, por definición del artículo 1551, "el indispensable para cumplirlo".

Estimamos nosotros que el plazo tácito es de origen legal; que los criterios para su determinación consisten en la naturaleza de la obligación y las circunstancias en que esta se haya contraído y que, cuando exista desacuerdo entre las

partes, la duda debe resolverla el juez, conforme al ordinal 2º del artículo 1551, que lo faculta para interpretar los plazos dudosos[1].

329. d) Plazo suspensivo y extintivo.—Según que el plazo suspenda el ejercicio del derecho o que extinga el derecho mismo, será suspensivo o extintivo, respectivamente.

II. Efectos del plazo suspensivo

330. Distinción.—Importa distinguir entre las situaciones que se presentan antes del vencimiento del plazo y después de dicho vencimiento.

331. a) Antes del vencimiento.—Mientras el plazo está pendiente, la obligación existe ya; solo que, como lo expresa el inciso 1º del artículo 1551 del Código Civil, su cumplimiento se ha diferido hasta cierta época.

De la circunstancia de que la obligación a plazo exista desde el momento en que se han realizado los hechos que constituyen su fuente, por ejemplo, desde el momento en que se ha celebrado el contrato que la origina, y de que, sin embargo, el cumplimiento de la obligación esté diferido hasta el vencimiento del plazo, resultan consecuencias importantes, a saber:

332. 1) Inexigibilidad de la obligación.—Estando el plazo establecido a favor del deudor, que es la hipótesis normal y corriente, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento de aquel. Las acciones del acreedor, tales como la acción ejecutiva y la acción indemnizatoria, están suspendidas entre tanto.

Por la propia razón, el acreedor a término no puede oponer su crédito en compensación con otro exigible que tenga el deudor en su contra, porque si esto fuera posible, se forzaría al deudor a satisfacer su obligación antes del vencimiento del plazo. Tal es lo expresamente establecido por el ordinal 3º del artículo 1715 del Código Civil.

333. 2) Imprescriptibilidad del crédito.—Fundándose la prescripción en el abandono del acreedor, no puede haber lugar a que ella comience a correr antes del vencimiento del plazo, porque la inacción del acreedor es forzada, ya que se le prohíbe exigir el cumplimiento de la obligación (art. 2535).

334. 3) Validez del pago.—El artículo 1552 establece que lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución. La obligación existe

[1] Cfr. Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 722.

antes del vencimiento del plazo y, por consiguiente, el pago que haga el deudor tiene causa suficiente; de lo anterior se concluye que el deudor no puede repetir lo pagado, alegando que el pago no era debido, aun en el caso de que el deudor haya pagado por error, como si ha creído que el plazo se encontraba vencido, el pago es firme, porque corresponde a una obligación existente en el momento de verificarse aquel (C. C., art. 2313). No habiendo indebitum, falta uno de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de pago de lo no debido.

335. 4) Medidas conservativas.—El acreedor puede solicitarlas, aunque el término no haya vencido. El legislador no establece expresamente este efecto; pero, como según el artículo 1549 del Código Civil, el acreedor condicional puede impetrar medidas conservativas, a pesar de que mientras pende la condición la obligación no existe, se concluye a fortiori que el acreedor a plazo, cuyo derecho sí existe durante el plazo, tiene igual o mejor derecho a que se tomen tales medidas.

336. b) Después del vencimiento.—Vencido el plazo, la obligación se hace exigible, es decir, se transforma en obligación pura y simple, de donde se colige: 1º) el acreedor puede ejercer todas las acciones que le competen; 2º) el término de la prescripción del crédito comienza a contarse (art. 2535); 3º) la obligación puede entrar en compensación (art. 1715, ord. 3º); 4º) y, por regla general, el deudor queda constituido en mora (art. 1608, ord. 1º).

III. Efectos del plazo extintivo

337. Precisión.—Cuando la obligación está sujeta a plazo extintivo, mientras este pende, aquella produce los mismos efectos que cualquier obligación pura y simple; es decir, que el plazo pendiente no afecta la obligación. Su vencimiento acarrea la extinción de la obligación: pone fin a su eficacia futura. Por ejemplo, si A le debe pagar a B una renta vitalicia, la obligación de A se extingue por la muerte de B.

IV. Extinción del plazo

338. Causales.—El plazo se extingue de tres maneras: 1ª) por vencimiento; 2ª) por renuncia, y 3ª) por caducidad.

339. 1ª) Vencimiento.—Tiene lugar cuando el hecho futuro y cierto ocurre, por ejemplo, cuando llega la fecha determinada que se ha señalado para el cumplimiento de la obligación.

340. 2ª) Renuncia.—El artículo 1154 del Código Civil faculta al deudor para renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que mediante el plazo se ha propuesto manifiestamente evitar. Este artículo implica la presunción legal de que el plazo se establece, por regla general, en favor del deudor y que, únicamente por excepción, se establece en favor de ambas partes o del solo acreedor.

De suerte que, por regla general, el deudor puede renunciar al plazo, ya que este se entiende establecido en su favor y es lícito renunciar un derecho, siempre que este solo interese al renunciante (art. 15). Excepcionalmente, la renuncia le está prohibida al deudor: cuando en el acto constitutivo de la obligación se prohíba la renuncia o cuando se siga un perjuicio para el acreedor, que este manifiestamente haya querido evitar mediante el plazo, pues entonces aparece que el plazo no se ha concedido en forma exclusiva en beneficio del deudor y su renuncia por este no es lícita. Tal ocurre en el caso del mutuo con interés: la renuncia del plazo perjudica el derecho del acreedor a devengar dicho interés.

El acreedor tiene derecho a renunciar el plazo que existe exclusivamente a su favor, o cuando por medio del acto constitutivo de la obligación se le faculta para hacerlo, como si se dice: A deberá pagar $ 1.000 a B el 31 de diciembre, o antes si este así lo exigiere.

341. 3ª) Caducidad.—La concesión de un plazo al deudor implica un acto de confianza del acreedor; por consiguiente, si en un momento dado, anterior al vencimiento del plazo, aparece que los intereses del acreedor se encuentran en grave peligro por hallarse el deudor en circunstancias tales que ya no se pueda tener la confianza de que cumplirá su obligación, el plazo caduca: se extingue prematuramente y el deudor ya no puede prevalerse de él.

342. Causales de caducidad.—Según el artículo 1553 del Código Civil "el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

"1º) Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia;

"2º) Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones".

La ya comentada unificación que se propuso la ley 222 de 1995 entre los procedimientos del concordato preventivo, quiebra, concurso de acreedores y cesión de bienes, y la derogatoria de la mayoría de las disposiciones que regulaban estos procedimientos, hace difícil, hoy por hoy, interpretar la norma transcrita sobre la caducidad del plazo. Y máxime con el recorte a última hora que sufrió el artículo 91 de la mencionada ley.

Con anterioridad a la vigencia de nuestra nueva ley sobre los procesos concursales, era fácil distinguir, como distingue el artículo 1553 del Código Civil, entre las hipótesis de la quiebra y de la insolvencia; comoquiera que se hallaba esta última definida expresamente por el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil, referente al concurso civil de acreedores y que fue expresamente derogado. En efecto definía esta norma claramente el concepto de insolvencia, así: "Se seguirá proceso de concurso de acreedores al deudor no comerciante que se halle en estado de insolvencia ... Para que el concurso forzoso proceda, se requiere que contra el deudor se sigan dos o más ejecuciones, independientes o acumuladas, y que alguna de ellas aparezca que los bienes embargados no son suficientes para el pago. Si para este se hubieren denunciado bienes, la calificación de insolvencia solo se hará después de practicar el embargo, secuestro y avalúo de ellos". Expliquémonos:

343. a) Quiebra del deudor.—Naturalmente que esta causal de caducidad del plazo debe entenderse en el sentido de que este caduca cuando la autoridad competente decrete la apertura del trámite o proceso concursal de liquidación obligatoria, cuyos supuestos, según el recortado artículo 91 de la ley 222 de 1995, a la letra están definidos de la siguiente manera: "La autoridad competente admitirá la solicitud del trámite concursal cuando el deudor encuentre los siguientes eventos:

"1. Por el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles de contenido patrimonial por un plazo mayor a 180 días.

"2. En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones.

"3. Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores".

Aquí es claro que la caducidad del plazo actúa en el momento en que se le abra al deudor proceso concursal de liquidación obligatoria, y no antes, aunque haya cesado en el cumplimiento de sus obligaciones.

344. b) La insolvencia notoria del deudor.—Derogado que fue y expresamente el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil y con todos los vaivenes que experimentó en su trámite ante el Congreso el artículo 91 de la ley 222 de 1995, el problema a que hemos hecho mención radica o consiste en definir esta segunda causal de caducidad del plazo. ¿Qué debe entenderse, a la luz de las disposiciones vigentes, por notoria insolvencia del deudor? Pues que derogado el tantas veces citado artículo 569 de nuestro estatuto procesal, este concepto debe entenderse y puede probarse, como lo mandan nuestras normas de interpretación, según su común sentido gramatical, al igual que se define y prueba el aludido concepto en materia de acción pauliana; y por los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Civil (arts. 427, parg. 2º, num. 6, y 435, parg. 2º).

345. c) Disminución o extinción de las cauciones.—A tenor de lo dispuesto por el ordinal 2º del artículo 1553 del Código Civil, también hay lugar a la caducidad del plazo cuando las cauciones de la obligación, por hecho o culpa del deudor, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso, el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.

Esta disposición se funda en la presunción de que en muchos casos el acreedor no está dispuesto a conceder plazo al deudor por su poca solvencia o por su dudosa reputación comercial; pero que se decide a concedérselo en gracia de las cauciones que este ofrece. Es, pues, racional y equitativo que cuando dichas cauciones se extingan o disminuyan considerablemente de valor el deudor pierda el beneficio del plazo, a lo menos, en aquellos casos en que la disminución o la extinción ocurran por su culpa.

Pero, para que obre la caducidad del plazo por la causal que estudiamos, se requieren varias condiciones. En primer lugar, solo se trata de las cauciones específicas, como la hipoteca o la prenda, y no de la garantía general que todo acreedor tiene en el patrimonio del deudor, que es "la prenda común de los acreedores". Cuando la obligación no se ha garantizado con una caución especial, el acreedor corre voluntariamente el riesgo de todas las disminuciones que pueda sufrir el patrimonio del deudor y, por tanto, no podrá exigir el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que el deudor se encuentre en estado de notoria insolvencia, declarado judicialmente, según acabamos de exponerlo, o se le haya abierto formalmente proceso concursal de liquidación obligatoria. Por ejemplo, el deudor constituye una hipoteca sobre una casa y después la derriba; el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, aunque todavía no haya vencido el plazo. En segundo lugar, se requiere que la caución se extinga o disminuya considerablemente de valor; si la disminución es insignificante o no es considerable, el plazo se conserva. Por ejemplo, si lo derribado es una parte de la casa hipotecada, el juez deberá determinar si esta ha disminuido considerablemente de valor para declarar extinguido el plazo. La ley habla de disminución o extinción de las cauciones por hecho o culpa del deudor. De suerte que si las cauciones se disminuyen a consecuencia de un caso fortuito, como si la casa hipotecada se destruye en un incendio provocado sin culpa del deudor, este sigue gozando del beneficio del plazo.

Lo mismo que en el caso de las dos causales anteriores de caducidad, esta debe ser judicialmente declarada. Más aún, en esta última hipótesis el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones. Así, habiéndose notificado al deudor la demanda del acreedor para que se declare caducado el plazo de la obligación por haberse extinguido las cauciones o por haber disminuido considerablemente, el deudor puede mejorar o renovar las cauciones y enervar así la acción del acreedor. Es discutible si el deudor puede reclamar el beneficio del plazo después que se haya declarado judicial-

mente que la obligación se ha hecho exigible. Nosotros creemos que esto no es posible, aunque la ley no lo prohíba, en atención al efecto que debe producir el fallo judicial que ha declarado la caducidad del plazo.

La jurisprudencia francesa ha interpretado extensivamente el artículo 1188 del Código francés, que equivale en el fondo al artículo 1553 de nuestro Código, en el sentido de asimilar al caso de extinción de las cauciones el de que el deudor no constituya las que ha ofrecido. En nuestro sentir, otro tanto puede hacerse en Colombia. Por consiguiente, siempre que el deudor ofrezca al acreedor garantizar la obligación con una caución y no cumpla su promesa o cuando la caución sea nula, como ocurriría respecto de la hipoteca en cuya constitución no se hubieran llenado las formalidades prescritas por la ley, el plazo concedido por el acreedor caduca y la obligación se hace exigible[2].

[2] PLANIOL y RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 368, pág. 141; COLIN y CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 403, págs. 381 y 382; LOUIS JOSSERAND, Cours de droit civil, t. III, núm. 735; en contra, SOMARRIVA y ALESSANDRI, ob. cit., t. III, núm. 163, págs. 106 y ss.

Capítulo IV

OBLIGACIONES CONDICIONALES

I. Generalidades

346. Concepto de la condición.—La condición es un hecho futuro e incierto del que pende el nacimiento o la extinción de un derecho (art. 1530).

347. Características de la condición.—Resulta, pues, que esta modalidad tiene dos notas esenciales, a saber: a) debe consistir en un hecho futuro, lo mismo que el plazo, requisito que se entiende en relación con el momento en que el derecho normalmente debería nacer de no haber intervenido la modalidad, v. gr., el de la celebración del contrato o el del otorgamiento del testamento (art. 1129), y b) el hecho debe ser incierto, es decir, que no pueda saberse si se realizará o no; constituyen condición la llegada de un barco a puerto o de una persona a la edad de veintiocho años, pues de antemano no se puede saber con certeza si el barco llegará a puerto o naufragará, ni si la persona indicada cumplirá veintiocho años o morirá antes. Como se observa, por este último aspecto la condición difiere del plazo que es siempre cierto, esto es, que de antemano se sabe que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa precisamente cuándo.

De las características anotadas se deduce que no constituyen verdaderas condiciones: 1º) Los hechos presentes o pasados, pues si no existen o no han existido, el derecho no nace. Por ejemplo, si digo, pagaré mil pesos si fulano fue elegido presidente ayer, puede suceder una de dos cosas: o que fue elegido presidente, en cuyo caso la obligación de pagar mil pesos nace pura y simple; o que no fue elegido y, entonces, la obligación no vale, no nace. Pero en ninguno de tales casos se producen los efectos de la condición, sino que la ley se limita a interpretar la voluntad de los contratantes (art. 1129)[1]. 2º) Los hechos futuros que necesariamente han de producirse, tampoco constituyen condición sino plazo, conforme ya quedó dicho. Así, mi obligación de pagar mil pesos el día de la muerte de fulano no es condicional sino a plazo.

348. Clasificaciones de las condiciones.—Según la doctrina tradicional y el Código Civil, las condiciones pueden ser de varias clases, a saber:

[1] Von Tuhr dice que en estos casos no puede hablarse de condición sino de presuposición (Tratado de las obligaciones, t. II, pág. 217).

349. a) Positivas y negativas.—La condición positiva consiste en que acontezca una cosa; por ejemplo, cuando digo: compraré esta joya si me caso en este año. La condición negativa consiste en que una cosa no acontezca, por ejemplo, cuando digo: venderé mi casa si no voy a Europa en este año (art. 1531).

350. b) Suspensivas y resolutorias.—La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (art. 1536). De suerte que la condición suspensiva no solo afecta la exigibilidad de la obligación, como ocurre con el plazo suspensivo, sino que detiene su nacimiento mismo; "la comprime en su fuente", como dice Josserand. Por ejemplo, si una persona promete a otra $ 10.000 para el día en que esta se case, el vínculo jurídico obligatorio no nace por el contrato, sino que su existencia queda en suspenso mientras el matrimonio no se realice. Si la condición es resolutoria, ni la existencia de la obligación ni su cumplimiento se suspenden: la obligación nace pura y simple; solo que está llamada a desaparecer si la condición se cumple (pura est obligatio sed resolvitur sub conditione). Por ejemplo, si le doy en fideicomiso tal casa a una persona mientras no se case, mi obligación de hacer tradición de la casa es exigible desde que el contrato se haya perfeccionado; pero el derecho adquirido por el donatario se extingue el día en que contraiga matrimonio.

351. c) Posibles e imposibles, lícitas e ilícitas.—A ellas se refiere el artículo 1532. Condición posible es la que se ajusta a las leyes de la naturaleza física, v. gr., que llueva o que un barco llegue a puerto; condición imposible es la contraria a las leyes de la naturaleza física, como la que consiste en que el sol gire alrededor de la tierra. Condición lícita, que en la terminología de la ley se denomina moralmente posible, es la que no está prohibida por las leyes ni es contraria al orden público o a las buenas costumbres; condición ilícita o moralmente imposible es la que consiste en un hecho prohibido por las leyes o que es opuesta al orden público o las buenas costumbres, v. gr., cometer un asesinato o un robo. El Código Civil, inspirado en la tradición romana, establece una serie de distinciones entre las varias clases de condiciones, señalando efectos diferentes para cada una de ellas, según que dichas condiciones sean posibles o imposibles, lícitas o ilícitas[2].

352. 1) Condición suspensiva positiva.—En principio, debe ser posible y lícita, es decir, conforme a las leyes de la naturaleza física, a las leyes jurídicas, al orden público y a las buenas costumbres (art. 1532). Si la condición consiste en un hecho positivo que es o se hace física o moralmente imposible, se tiene por fallida y, en consecuencia, la obligación no nace (art. 1537, inc. 1º). Si yo

[2] Cfr. Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, núm. 395, págs. 371 y ss.

me obligo a pagarte cien pesos si tocas el cielo con la mano, no hay obligación; la ley interpreta que yo no he querido obligarme. Si debo pagarte mil pesos si das muerte a fulano, tampoco hay obligación porque la ley anula los efectos de una estipulación ilícita o inmoral (art. 1537, inc. 3º). De suerte que la ley solo reconoce las condiciones suspensivas positivas que sean posibles y lícitas; a las que no lo son, no solo les niega eficacia, sino que desconoce las obligaciones mismas sujetas a ellas.

353. 2) Condición suspensiva negativa.—Si la condición consiste en un hecho negativo que es física o moralmente imposible, es necesario distinguir entre la condición físicamente imposible y aquella ilícita o moralmente imposible: a) si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple, es decir, que la condición no produce efecto alguno (art. 1533). Si yo me obligo a pagarte mil pesos si no tocas el cielo con la mano, la ley interpreta mi voluntad como que de todas maneras he querido obligarme, porque tú nunca podrás tocar el cielo con la mano, y b) si consiste en que el deudor se abstenga de ejecutar un hecho ilícito, esto es, legal o moralmente imposible, vicia la disposición, es decir, anula la obligación (art. 1533). Si me comprometo a pagarte mil pesos si no me das muerte, no tengo obligación de pagártelos, porque tú ya estabas obligado por la ley a respetar mi vida, y la ley considera inmoral que tú no la violes por el acicate de la recompensa que yo te ofrezco; el acto tiene una causa ilícita (art. 1524).

354. 3) Condición resolutoria.—Si es física o moralmente imposible, siempre se tendrá por no escrita, sin entrar a distinguir si es positiva o negativa (art. 1537, inc. 4º). Si me obligo a prestarte mil pesos y estipulamos que mi obligación se resolverá si tú tocas o dejas de tocar el cielo con la mano, o si me das muerte o dejas de dármela, la condición no existe y mi obligación es pura y simple.

355. d) Casuales, potestativas y mixtas.—Si el hecho futuro depende del acaso o de la voluntad de un tercero, la condición es casual; si depende de la voluntad del acreedor o del deudor, la condición es potestativa; y si depende, a la vez, del acaso o de la voluntad de un tercero y de la voluntad del acreedor o del deudor, la condición es mixta. Esta clasificación se encuentra en el artículo 1534 del Código Civil que, sin razón, omite la voluntad del deudor en la condición mixta. Ejemplos: la condición que consiste en que llueva o en que una persona distinta del acreedor o del deudor vaya a Europa, es casual; la que estriba en que el acreedor o el deudor vaya a Europa, es potestativa; y la que consiste en que el acreedor o el deudor se case con María, es mixta, porque el matrimonio supone la voluntad del acreedor o del deudor y también la de María.

El artículo 1535 del Código Civil dispone que "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de

la persona que se obliga", y agrega: "Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá". Este texto legal impone el análisis de la condición potestativa para poder determinar su eficacia.

La condición potestativa, esto es, la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor, es simplemente potestativa cuando consiste no solo en una manifestación de voluntad del interesado, sino en el cumplimiento de un acto; por ejemplo, si el interesado estudia una profesión, si se abstiene de realizar un negocio. Es meramente o puramente potestativa cuando consiste exclusivamente en una manifestación de voluntad del interesado (conditio si voluero, si volueris); por ejemplo, pagaré mil pesos si yo quiero o si tú quieres, o si tú y yo lo estimamos conveniente.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1535 transcrito, la condición que consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, es decir, la condición simplemente potestativa, es válida. Por consiguiente, la condición de que yo, deudor, vaya a Europa, o la de que tú, acreedor, vayas a Europa, es tan eficaz como si se tratara de condición casual o mixta.

Por el contrario, si la condición es puramente potestativa y es suspensiva, hay que distinguir, según que consista en la mera voluntad del deudor (si voluero) o que consista en la mera voluntad del acreedor (si volueris). En el primer caso, la obligación es nula, como lo declara el inciso 1º del artículo 1535: la condición destruye el carácter obligatorio que es esencial en todo vínculo jurídico; decir que me obligo si quiero, es lo mismo que decir: yo hago lo que quiera, pero no reconozco obligación alguna; la estipulación carece de seriedad. En el segundo caso la obligación es válida, porque dependiendo la condición de la sola voluntad del acreedor, el vínculo obligatorio puede llegar a formarse sin que el deudor pueda sustraerse a él arbitrariamente; cuando yo me obligo a venderte mi casa el año entrante si tú quieres (opción), mi obligación queda en suspenso, pero puede nacer, que es lo que no ocurre cuando la condición potestativa consiste en la mera voluntad del deudor.

Por último, la condición resolutoria que consiste en la mera voluntad del deudor, tampoco anula la obligación porque esta nace pura y simple, esto es, que hay obligación; solo que el deudor se reserva el derecho de resolverla cuando lo quiera. Tal es lo que ocurre en las donaciones entre cónyuges, las que son revocables a voluntad del donante (art. 1056)[3].

II. El estado de la condición

356. Precisión.—Para determinar los efectos de las obligaciones condicionales es necesario distinguir los diversos estados en que la condición puede encontrarse, a saber: pendiente, cumplida o fallida.

[3] Colin y Capitant, ob. cit., t. II, núm. 393, págs. 370 y 371; Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. III, núm. 81, págs. 56 y 57.

357. a) Condición pendiente.—La condición está pendiente mientras no se pueda saber si el hecho futuro que la constituye acaecerá o no; por ejemplo, si la condición consiste en que una persona cumpla veinte años y esta tiene solo quince, la condición está pendiente.

358. b) Condición cumplida.—La condición está cumplida: 1) cuando se ha realizado el hecho positivo que la constituye; así, en el ejemplo propuesto, la condición se cumple cuando la persona llega a la edad de veinte años. Y si el hecho positivo en que consiste la condición no acaece, también se reputa cumplida si el deudor se vale de medios ilícitos para que no pueda cumplirse (art. 1538, inc. 3º), y 2) cuando ha expirado el término dentro del cual no debe ocurrir el hecho condicionante, como no contraer matrimonio una persona en el presente año.

Respecto a la forma como deben cumplirse las condiciones, nuestro Código Civil ordena que, ante todo, se tenga en cuenta la intención de los interesados. Dispone el artículo 1540 de dicha obra: "La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes.

"Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y esta lo disipa".

Además, el artículo 1541 dispone que "las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida". No significa este artículo, a pesar de que su redacción parezca indicar lo contrario, que para interpretar las condiciones y para apreciar cuándo están cumplidas haya de darse preferencia al tenor literal de la estipulación, pues tanto el artículo 1540 antes transcrito como el artículo 1541, se gobiernan por las normas generales sobre interpretación de los contratos (C. C., arts. 1618 y ss.), y, sobre todo, por la que ordena que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras" (art. 1618). En realidad, lo que prohíbe el artículo 1541 es el cumplimiento de la condición por equivalencia, que sí se autorizaba en el derecho romano, en el antiguo derecho francés y en el español, y aun en los primeros proyectos del Código Civil chileno. De suerte que, en virtud del artículo comentado, ni siquiera cuando el cumplimiento de la condición se ha hecho imposible en la forma convenida, se puede esta cumplir por equivalencia. Además, la condición debe cumplirse totalmente, como se desprende del artículo 1542.

359. c) Condición fallida.—Por último, la condición se entiende fallida: a) cuando llega a ser cierto que el hecho positivo que la constituye no se realizará, como si el barco que se suponía que se suponía que debía llegar al puerto es hundido en alta mar (arts. 1537 y 1539); b) cuando se realiza el hecho positivo contrario a la condición negativa, como si A celebra con B el con-

trato que se le había prohibido (ibídem), y c) cuando ha expirado el término dentro del cual el hecho positivo ha debido realizarse y no se ha realizado, como si el barco llega después de la fecha fijada como término máximo para el cumplimiento de la condición (art. 1539). Respecto a este último caso, es de observar que nuestro Código no señala un término máximo general dentro del que deba cumplirse la condición; pero en materia de fideicomiso, dispone: "Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarda más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución ..." (art. 800). Y la ley 51 de 1918, en su artículo 23, que trata de la opción, preceptúa que "la condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse". Entonces, a falta de una regla general y atendiendo al mandato del artículo 8º de la ley 153 de 1887, es el caso de aplicar por analogía de ley el artículo 800 del Código Civil, esto es, que debe colegirse que el término legal máximo para el cumplimiento de cualquier condición, salvo estipulación expresa en contrario, es de treinta años, y, excepcionalmente, es de un año en la opción[4]. No sería de recibo la tesis que pretendiese fijar dicho plazo en los veinte o en los diez años señalados para la prescripción extraordinaria por el artículo 1º de la ley 50 de 1936 o por el artículo 1º de la ley 791 de 2002, porque, según quedó expresado, las obligaciones condicionales no nacen y, por tanto, solo comienzan a prescribir desde el cumplimiento de la condición.

En seguida estudiaremos, por separado, los efectos de la condición pendiente, de la condición fallida y de la condición cumplida.

III. Efectos de la condición pendiente

360. Precisión.—Mientras la condición está en suspenso, es decir, mientras no se sabe si se cumplirá o si fallará, existe incertidumbre respecto a la suerte que habrá de correr la obligación sujeta a ella, y esta incertidumbre se traduce en consecuencias que varían, según que la condición sea suspensiva o resolutoria.

361. a) Condición suspensiva pendiente.—Su efecto propio consiste en detener no solo la exigibilidad, sino el nacimiento mismo de la obligación. Pendente conditione, la obligación no existe; pero se espera que exista, si la condición se cumple: quien se obliga a pagar una suma de dinero cuando un barco llegue a puerto, no debe hasta que el hecho condicional no ocurra; solo en este momento nace su obligación. De manera que el efecto de la condición suspensiva es mucho más intenso que el del plazo suspensivo; este solamente detiene la exigibilidad de la obligación; aquella detiene su nacimiento mismo. Dicha eficacia diversa se explica por la diferencia específica entre estas dos modalidades: el plazo consiste siempre en un hecho futuro pero cierto; hay,

[4] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 92, pág. 62.

pues, la seguridad de que la obligación tendrá necesariamente que cumplirse algún día; por el contrario, el hecho condicional es incierto, y no sabiéndose entonces si la obligación deberá cumplirse o no, sería inútil e ilógico afirmar su existencia pendente conditione, para después negarle toda eficacia cuando esta haya fallado. Sin embargo, pendiente la condición, existe una situación jurídica que no puede ser completamente desconocida por la ley; si bien no se puede afirmar que la obligación habrá de existir y de producir los efectos que le son propios, tampoco se puede negar la posibilidad de que llegue a existir, y en previsión de que esto último suceda, es necesario garantizar su eficacia futura, y la ley así lo hace. De ahí que los autores digan a este respecto que pendente conditione, la obligación no existe, no ha nacido; pero que sí existe un germen de obligación[5].

Del hecho de que la obligación sujeta a condición suspensiva no exista pendente conditione, se desprenden consecuencias importantes, a saber:

1) No puede exigirse su cumplimiento ni ejercer la acción pauliana (art. 1542);

2) tampoco hay lugar a la compensación (art. 1715, ord. 3º);

3) si el deudor paga, tiene acción de repetición, porque no existiendo la obligación, hay pago de lo no debido (art. 1542), y

4) la prescripción no corre, porque no hay obligación exigible (art. 2535).

Del hecho de que exista un principio de obligación también se siguen consecuencias, a saber:

1) El deudor no se encuentra completamente desvinculado de su acreedor y debe, por consiguiente, observar una conducta tal que no perjudique el nacimiento futuro de su obligación; si por su culpa la condición falla, se entenderá cumplida (art. 1538, inc. 3º);

2) el deudor condicional está obligado pendente conditione a cuidar la cosa prometida y, así, si esta perece o se deteriora por su culpa, es obligado a la indemnización de perjuicios (art. 1543);

3) el acreedor condicional puede impetrar las medidas conservativas necesarias (art. 1549, inc. 3º). No existe en el Código Civil una reglamentación especial de las providencias que puede solicitar el acreedor y, por consiguiente, queda a discreción del juez ponderar su necesidad y resolver con prudente juicio si las concede o las niega (C. de P. C., art. 435, parág. 1º, num. 10), y

4) por último, el germen de derecho que tiene el acreedor y el principio de obligación que pesa sobre el deudor, son transmisibles por causa de muerte; de suerte que si el acreedor muere pendente conditione, el crédito condicional no se extingue, sino que pasa a sus herederos, y otro tanto ocurre respecto de la obligación condicional, la que se transmite a los herederos del deudor (art.

[5] Colin y Capitant, ob. cit., t. III, núm. 396, pág. 374; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. II, núm 93, pág. 63.

1549). Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias ni a las donaciones entre vivos, según lo dispone el inciso 2º del artículo 1549 del Código Civil. Esta excepción se funda en la circunstancia de que, siendo la donación y la asignación testamentaria actos gratuitos que se celebran en consideración a la persona del donatario o del asignatario (intuitu personae), no debe transmitirse el principio o germen de derecho a los herederos del acreedor, quienes no están cobijados por los mismos motivos que indujeron al donante o testador a beneficiar al acreedor muerto. Además, la sucesión por causa de muerte supone la existencia del asignatario en el momento de la muerte del causante y en el momento de cumplirse la condición; faltando este requisito, la asignación no vale (art. 1019). Pero esta excepción no cobija los casos de transmisión pasiva, es decir, de la deuda. Así, si el donante muere pendente conditione la obligación pasa a sus herederos.

362. b) Condición resolutoria pendiente.—La condición resolutoria pendiente no afecta el nacimiento ni la eficacia de la obligación sujeta a ella; solamente existe incertidumbre respecto a su extinción, pues no se sabe si la obligación subsistirá o si dejará de existir por el cumplimiento de la condición. Ahora bien, como la obligación sujeta a condición resolutoria nace y produce efectos como si no estuviera sujeta a modalidad alguna, es decir, como si se tratara de obligación pura y simple, se deduce que la condición resolutoria no produce efecto alguno mientras se encuentre pendiente.

IV. Efectos de la condición fallida

363. a) Condición suspensiva fallida.—Si la condición es suspensiva y falla, se considera que no ha existido vínculo jurídico alguno entre el acreedor y el deudor; no solo la obligación deja de nacer, sino que desaparece retroactivamente ese germen de obligación que la ley reconocía pendente conditione. Si el deudor ha pagado, puede repetir lo pagado; si se han adoptado providencias conservativas, también estas caducan.

364. b) Condición resolutoria fallida.—Si la condición es resolutoria y falla, la situación no varía: la obligación se consolida y sigue produciendo normalmente sus efectos.

V. Efectos de la condición cumplida

365. a) Condición suspensiva cumplida.—Si la condición es suspensiva, su cumplimiento produce el nacimiento de la obligación; ese germen que antes existió, se transforma en obligación plena y perfecta. Más aún, el cumplimiento

de la condición suspensiva tiene efecto retroactivo y hace que la obligación se repute existente desde el momento mismo en que se ha realizado el hecho jurídico que le habría dado nacimiento de no haber intervenido la modalidad. Así, si la obligación condicional proviene de un contrato, el cumplimiento de la condición hace que la obligación se repute nacida desde el momento mismo del perfeccionamiento de este.

366. b) Condición resolutoria cumplida.—El evento de la condición resolutoria extingue la obligación, esto quiere decir, que paraliza su eficacia futura, y, lo que es más, también obra retroactivamente, comoquiera que borra los efectos que la obligación haya producido desde su nacimiento.

367. La retroactividad de las condiciones.—Discuten entre los expositores de nuestro derecho civil si la retroactividad de las condiciones suspensivas y resolutorias constituye principio general consagrado por la ley, o si, por el contrario, se trata de regla excepcional de alcance limitado y de aplicación restringida. Nosotros, nos inclinamos en favor de la primera de dichas tesis, teniendo en cuenta ante todo que el más importante de los efectos de una obligación, cual es el de servir de causa suficiente al pago que se haga en razón de ella, queda retroactivamente afectado por la suerte que corra la condición. La firmeza del pago verificado pendente conditione se establece con certeza cuando la condición se ha cumplido o ha fallado, lo que significa que es en este momento cuando se aprecia definitivamente el valor de un acto pasado, y no de cualquier acto, sino del más importante de los que se pueden realizar en el derecho de las obligaciones, ya que el pago constituye la razón de ser y la finalidad de toda obligación. En efecto, cuando la condición es suspensiva y se cumple, el pago que se haya hecho con anterioridad se hace firme, lo que equivale a suponer que la obligación existía antes de cumplirse la condición (art. 1542, inc. 2º); por el contrario, cuando la condición es resolutoria y se cumple, el pago verificado pendente conditione queda sujeto a las mismas reglas que el pago de lo no debido: el deudor puede repetir lo dado o pagado, y esto equivale a suponer que la obligación condicional no ha existido (art. 1544).

También constituyen aplicaciones de la retroactividad de las condiciones: a) la caducidad de las enajenaciones y gravámenes por el que ha recibido una cosa bajo condición suspensiva o resolutoria, antes de cumplirse esta (arts. 1547 y 1548), y b) la determinación de que los aumentos o mejoras de la cosa y sus deterioros o disminuciones correspondan al que haya de recibirla al cumplirse la condición (art. 1543, inc. 2º).

Sin embargo, la retroactividad de las condiciones deja de aplicarse, excepcionalmente, en los casos en que la ley, inspirada en motivos de justicia o de simple conveniencia, así lo disponga. Por ejemplo: a) los frutos percibidos

mientras pende la condición resolutoria, no deben ser restituidos (art. 1545). No así los frutos percibidos mientras está pendiente la condición suspensiva, pues, a falta de disposición expresa, estos pertenecen al poseedor de buena fe, y deben ser restituidos por el poseedor de mala fe, según reglas aplicables por analogía (art. 964), y b) tampoco caducan, por excepción, las enajenaciones hechas a terceros de buena fe, ni los gravámenes constituidos a favor de ellos, entendiendo que son terceros de buena fe los que no han tenido conocimiento de la condición resolutoria (arts. 1547 y 1548).

Capítulo V

OBLIGACIONES CONJUNTAS

368. Precisión.—Ya dijimos que para que la obligación exista es esencial que el vínculo por ella constituido se forme, a lo menos, entre dos personas: el acreedor y el deudor. Pero también es frecuente el caso de que el vínculo obligatorio se dé en favor de dos o más acreedores, a cargo de dos o más deudores, o una y otra cosa a la vez. El artículo 1495 del Código Civil, que define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, agrega que cada parte puede ser de una o muchas personas, es decir, que este texto legal prevé la hipótesis de que el vínculo obligatorio se forme entre más de dos sujetos. Además, puede ocurrir que la obligación originariamente sea de sujetos simples y que más tarde, como consecuencia de un hecho posterior, se transforme en obligación de sujetos plurales. Por ejemplo: A se obliga a pagar mil pesos a B; si A muere y deja varios herederos, todos ellos ocupan su lugar en la deuda, y si B muere y deja varios herederos, el crédito también se transmite a todos estos.

Ahora bien, la pluralidad de sujetos activos o pasivos, o de ambas clases, influye en el régimen jurídico de las obligaciones, lo que da lugar a la distinción entre las obligaciones conjuntas y las solidarias, que son las dos especies en que se subdividen las obligaciones de sujetos plurales.

Y como, por otra parte, la pluralidad de sujetos hace producir efectos especiales a las obligaciones indivisibles, es decir, a aquellas que tienen por objeto una prestación que no es susceptible de ser satisfecha por partes, también estudiaremos en capítulo separado la teoría de dichas obligaciones, lo cual no significa que nosotros aceptemos que el criterio consistente en el número de sujetos es el que determina la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles, pues esta clasificación solamente se refiere a la posibilidad o imposibilidad de ejecutar por partes la prestación debida, esto es, que se funda en un criterio objetivo y no subjetivo[1].

369. Concepto.—Son obligaciones conjuntas las que, teniendo por objeto una cosa divisible, existen a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores, en forma tal que cada deudor sea solamente obligado a su cuota o

[1] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 32, págs. 25 y 26.

parte en la deuda y que cada acreedor apenas pueda pedir su parte o cuota en el crédito (arts. 1568 y 1583). Estas obligaciones constituyen la regla general de nuestro derecho, pues la solidaridad y la indivisibilidad son instituciones de excepción.

La pluralidad de sujetos activos o pasivos implica la pluralidad de vínculos obligatorios. Así, si A presta mil pesos a B y C, existen dos obligaciones parciales, cada una por quinientos pesos, a favor de A y a cargo de B y C, respectivamente. Los autores están de acuerdo en criticar el empleo de la expresión obligaciones conjuntas para designar este estado de división o desintegración del vínculo obligatorio, y opinan que la frase obligaciones disjuntas daría mejor idea del fenómeno[2].

370. Conjunción originaria y derivativa.—La obligación puede ser conjunta desde su nacimiento, como si A presta tres mil pesos a B, C y D, caso en el cual ella se divide desde la celebración del contrato en tres cuotas, cada una a cargo de cada deudor.

También puede ocurrir que la obligación haya nacido simple y que, por virtud de los hechos posteriores, se transforme en obligación conjunta. Por ejemplo, A presta mil pesos a B y este muere dejando tres herederos, entre los cuales se divide la obligación. O, así mismo, que A ceda la mitad de su crédito a X, y entonces, la que era una obligación simple se transforma en obligación conjunta y el crédito se divide entre el acreeedor primitivo y el cesionario.

371. División de la obligación.—El Código Civil no contiene una disposición general y expresa al respecto. Pero, claro está, que si en el contrato se ha pactado la forma en que debe dividirse la obligación, habrá que ceñirse a lo estipulado en él. Y si los interesados han guardado silencio, la división debe hacerse por partes iguales. Esta solución la confirma el inciso 2º del artículo 2325, que se refiere a las obligaciones contraídas colectivamente por los comuneros sin expresión de cuotas. De suerte que si dos personas compran conjuntamente una casa, cada una de ellas quedará obligada en la mitad del precio. Y cuando la división de la obligación obedezca a la muerte del acreedor o del deudor, se deberán aplicar las reglas de los artículos 1156, 1411 y 1415 que, en conjunto, establecen que los derechos y las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de su cuotas, sin perjuicio de que el testador pueda disponer otra cosa, por ejemplo, que un asignatario adquiera un derecho mayor o que pague más de lo que le corresponda en la deuda. Así, si A debe tres mil pesos y muere, dejando dos herederos: B, con una cuota equivalente a los dos tercios de la herencia, y C, con una cuota de un tercio, B debe pagar dos mil pesos y

[2] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 716, pág. 253; Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 411, págs. 388 y ss.; Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 750.

C pagar mil; lo que no obsta para que el testador pueda disponer que B pague mil pesos y C dos mil.

372. Efectos de la división.—Según hemos visto, la pluralidad de sujetos activos o pasivos implica la pluralidad de vínculos obligatorios. De suerte que, con la pluralidad de sujetos, la unidad de la obligación desaparece, si alguna vez existió. De lo dicho se desprenden varias consecuencias:

1) Cada uno de los deudores es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda y cada uno de los acreedores solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito (arts. 1568 y 1583). Pero esta división no va hasta el punto de que se forme un vínculo completamente separado e independiente para cada acreedor y para cada deudor. Veamos un ejemplo: si A y B deben mil pesos a X y Z, X puede exigir quinientos pesos a A, o a B, o a ambos, lo que está demostrando que la división no exige más de lo necesario para limitar a sus cuotas respectivas la responsabilidad de los deudores y el derecho de los acreedores. Si fuera cierto que en las obligaciones conjuntas existen tantos vínculos jurídicos independientes cuantos son los sujetos activos y pasivos, como afirman algunos, en el ejemplo propuesto X solamente podría exigir doscientos cincuenta pesos a A y la misma cantidad a B, para que Z pudiera hacer otro tanto. Pero lo que la ley dispone es que ni X ni Z pueden cobrar más de quinientos pesos cada uno y que A y B solo están obligados a pagar esa suma cada uno. Luego X puede exigir todos los quinientos pesos que debe A o todos los quinientos pesos que debe B. Y si A paga a X los quinientos pesos de que responde, su obligación se extingue para con X y para con Z, lo que no se entendería, si los vínculos que con estos lo ligan fueran absolutamente independientes[3].

2) La cuota del deudor insolvente no grava a los otros deudores, porque cada uno de estos solo es responsable de su parte (arts. 1412 y 1583).

3) La constitución en mora de uno de los deudores no implica la constitución en mora de los otros. Así, cuando la obligación es condicional, y se hace exigible, el acreedor debe requerir a todos los deudores, pues solamente así estos quedan constituidos en mora de cumplir (art. 1608, ord. 3º).

4) La interrupción o la suspensión de la prescripción que obra en favor de uno de los acreedores conjuntos no beneficia a los demás, ni la interrupción que perjudica a un deudor perjudica a los demás (art. 2540).

373. Excepciones a la división.—Al régimen jurídico de las obligaciones conjuntas se oponen la solidaridad entre los sujetos de la obligación y la indivisibilidad de su objeto, conforme pasamos a verlo.

[3] En contra, Louis Josserand, Cours..., t. II, núm. 750; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm 204, págs. 134 y 135.

Capítulo VI

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

I. Generalidades

374. Concepto.—La solidaridad es una modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto a la totalidad de la prestación (in solidum). De manera que obligaciones solidarias son aquellas que, a pesar de tener objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar la totalidad de la deuda o facultan a cada acreedor para exigir la totalidad del crédito. Por ejemplo, la obligación que tienen A y B de pagar mil pesos (objeto divisible) a C y D, es solidaria cuando se puede exigir la totalidad de los mil pesos a A o a B, o cuando C o D tienen derecho a cobrar también la totalidad de los mil pesos.

375. Características.—Tres son las características que sobresalen en la definición que dimos de las obligaciones solidarias: a) la pluralidad de los sujetos activos o pasivos. Precisamente, por esta característica la solidaridad se ha erigido en institución especial, pues no existiendo sino un acreedor y un deudor, es claro que aquel siempre podrá exigir la totalidad de la prestación debida y este siempre estará obligado a ejecutar la totalidad de ella (art. 1649); cuando existen varios sujetos, cobra importancia la modalidad que impide la división normal de la cosa divisible, según las reglas que ya hemos estudiado; b) la pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y el deudor o deudores, y c) la unidad de objeto, esto es, de la prestación (eadem res) (art. 1569).

376. Origen y etimología.—Las obligaciones solidarias se originan en el derecho romano, sistema que contiene aplicaciones importantes de ellas. La denominación es de origen moderno: los jurisconsultos romanos no bautizaron la institución; los glosadores la designaron con el nombre de correalidad; los juristas franceses del siglo XVIII sustituyeron esta expresión por la de solidité, del latín, solidum, y únicamente desde fines de dicho siglo se habla de la solidaridad (solidarité). Además, el transcurso del tiempo ha registrado considerables reformas en la institución; pero, no obstante ello, su fisonomía general acusa el origen romano[1].

[1] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núms. 723 y 724, págs. 154 y 255.

377. Clasificación.—La solidaridad es activa o pasiva, según que exista entre los acreedores o entre los deudores, respectivamente. En el primer caso, impide la división del crédito; en el segundo, la división de la deuda. Además, una misma obligación puede ser, a la vez, activa y pasivamente solidaria.

378. Fuentes.—Son ellas el acto jurídico y la ley, conforme lo expresa el inciso 2º del artículo 1568, a cuyo tenor, "en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda y, entonces, la obligación es solidaria o in solidum". Nuestra legislación no ha establecido ningún caso de solidaridad activa, aunque bien podría hacerlo. De suerte que en la actualidad la única fuente de esta es el acto jurídico. Por el contrario, como adelante lo veremos, sí existen varios casos de solidaridad pasiva legal.

Además, a falta de ley que establezca la solidaridad activa o pasiva, para que esta exista es indispensable una disposición expresa del testamento o de la convención, pues la solidaridad no se presume (art. 1568, inc. 3º).

II. Solidaridad activa

379. Concepto e importancia.—Obligaciones activamente solidarias son aquellas que, existiendo en favor de varios acreedores, dan derecho a cada uno de estos para exigir la totalidad del crédito.

La institución de la solidaridad activa encuentra sus orígenes en el derecho romano honorario, que la introdujo con objeto de reformar indirectamente ciertas normas restrictivas del sistema primitivo, tales como las que excluían la cesión de los créditos y la representación judicial de una persona por otra (nemo alieno nomine lege agere potest); multiplicando el número de los acreedores se disminuían las ocasiones de extinción de las obligaciones, a la vez que se aumentaban las oportunidades para que, si la acción en justicia se hacía necesaria, existiera una persona apta para ejercerla[2].

En el derecho moderno, la solidaridad activa ha perdido su utilidad práctica, lo que explica la rareza de su ocurrencia. En sustancia, esta figura jurídica equivale a un mandato que los acreedores se confieren mutuamente para hacer efectiva la obligación, con la particularidad de que dicho mandato es irrevocable y hasta confiere al mandatario facultades dispositivas ad libitum sobre la totalidad del crédito. Por estas razones, cuando varias personas adquieren un crédito en común y desean conferirse poder recíproco para hacerlo efectivo, prefieren usar del mandato simple que, por ser revocable y no tan amplio como la solidaridad activa, ofrece menos peligros que esta[3]. Por consiguiente,

[2] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm, 756.

[3] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 413, págs. 390 y 391.

la solidaridad activa en el derecho moderno es un rezago histórico, llamado a desaparecer por obsolescencia.

380. Efectos de la solidaridad activa. Distinción.—Para mayor claridad, conviene estudiar separadamente los efectos de la solidaridad activa en las relaciones de los coacreedores con el deudor, denominadas vinculum por los autores antiguos, y en las relaciones de los coacreedores entre sí, llamadas el commodum por aquellos.

A. Efectos entre los coacreedores y el deudor

381. Criterios y efectos.—La unidad de la prestación, la pluralidad de acreedores y la representación recíproca entre estos, determinan los efectos de la solidaridad activa, cuales son:

1) Cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación (art. 1568, inc. 2º).

2) El deudor puede pagarle al acreedor solidario que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago a este (art. 1570, inc. 1º).

3) El pago hecho a cualquiera de los acreedores extingue la obligación respecto a todos ellos, y otro tanto puede decirse de los otros modos de extinción de las obligaciones, como la condonación de la deuda, la compensación, la novación, etc. (art. 1570, inc. 2º). De ahí que la solidaridad activa ofrezca más peligros que ventajas para los acreedores. La doctrina y la jurisprudencia francesas han tratado de atenuar dichos peligros, limitando la representación recíproca de los acreedores a los solos actos administrativos y de conservación del crédito; así, no admiten que uno de los acreedores solidarios pueda condonar o novar la obligación[4]; pero esta interpretación no es de recibo en Colombia, ya que el artículo 1570 del Código Civil expresamente dispone lo contrario.

4) La interrupción de la prescripción que favorece a uno de los acreedores favorece también a los demás (art. 2540).

5) Si el deudor está en mora respecto a uno de los acreedores queda colocado en igual situación frente a los demás. Así, si para constituirlo en mora es necesario requerirlo judicialmente, basta que cualquiera de los acreedores solidarios lo haga para que quede constituido en mora respecto a todos los otros acreedores, en cuyo favor corren también los intereses moratorios.

B. Efectos entre los coacreedores

382. Extinción de la solidaridad.—Una vez que la obligación se ha extinguido por pago, compensación, novación o condonación, etc., entre el deudor

[4] Colin y Capitant, ob. cit., núm. 414, págs. 391 y 392; Josserand, ob. cit., t. II, núm. 758.

y uno de los acreedores, la solidaridad también se extingue y el acreedor que ha recibido el pago o que ha novado, compensado o remitido la deuda, queda obligado a pagar a cada uno de sus coacreedores la parte que a estos corresponda en el crédito.

III. Solidaridad pasiva

383. Obligaciones pasivamente solidarias.—Son las que, teniendo un objeto divisible, existen a cargo de varios deudores y colocan a cada uno de estos en la necesidad de pagar la totalidad de la deuda.

384. Importancia.—Si la solidaridad activa carece de importancia, no ocurre lo propio respecto de la solidaridad pasiva, que es institución de gran utilidad y uso muy frecuente, lo que les permite decir a Colin y Capitant que si bien la situación de los codeudores solidarios constituye legalmente la excepción, en el campo de los hechos dicha situación puede ser considerada como la regla general porque, fuera del caso de división de una deuda por causa de muerte del deudor, existiendo varios codeudores en una misma obligación, estos son casi siempre solidarios[5]. Este favor especial de que goza la solidaridad pasiva en el comercio jurídico se explica suficientemente por las ventajas que proporciona al acreedor, siendo la principal de ellas la garantía que constituye para este la circunstancia de que el sujeto pasivo de la obligación se multiplique, así como también los patrimonios que directamente responden del cumplimiento total de la obligación. Por este aspecto, la solidaridad pasiva es en sí una verdadera caución; más aún, es la caución personal por excelencia.

La fianza resulta menos eficaz, porque el fiador no pasa de ser un deudor subsidiario, de segundo plano, que, debido a esta condición, goza de beneficios legales en detrimento del interés que tiene el acreedor en que su crédito sea pronta y fácilmente atendido. Así, el fiador goza del beneficio de excusión, en virtud del cual puede exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas prestadas por este para seguridad de ella (art. 2383). Y si hay dos o más fiadores de una misma deuda, gozan del beneficio de división, en virtud del cual la deuda se entiende dividida entre ellos, y el acreedor no puede exigirle a ninguno de estos sino la cuota que le corresponda (art. 2392). Por el contrario, en la obligaciones pasivamente solidarias no hay deudores de segundo plano, sino solo principales, obligados a satisfacer la totalidad de la deuda, sin que ninguno de ellos pueda proponer el beneficio de excusión ni tampoco el de división de aquella. Por consiguiente, la solidaridad es una caución más eficaz que la fianza.

[5] Colin y Capitant, ob. cit., núm. 415, págs. 392 y 393.

385. Efectos de la solidaridad pasiva. Distinción.—Para determinar los efectos de la solidaridad pasiva, también se debe distinguir entre las relaciones del acreedor con los codeudores (vinculum) y las relaciones de los codeudores entre sí (commodum).

A. Efectos entre el acreedor y los codeudores

386. Clasificación de los efectos.—De acuerdo con la doctrina tradicional, los efectos que produce la solidaridad pasiva sobre las relaciones entre el acreedor y los codeudores se dividen en principales y secundarios.

387. Efectos principales.—Ante el acreedor existen varios deudores y cada uno de ellos debe la misma cosa. Esta pluralidad de los deudores y de los vínculos que los atan al acreedor y la unidad del objeto, explican los efectos principales de las obligaciones pasivamente solidarias, que son:

1) El acreedor puede exigir la totalidad de la cosa debida a cualquiera de los deudores solidarios. Puede demandarlos conjuntamente a todos, o a algunos de ellos, o dirigirse contra uno solo, sin que estos puedan oponerle el beneficio de división (art. 1571). Así, si A, B y C me deben solidariamente tres mil pesos, puedo demandarlos conjuntamente, o demandar a A y a B, o solo a A por todos los tres mil pesos, y mi demandado o demandados no pueden, en ningún caso, oponerme el beneficio de división.

2) Si el acreedor solamente demanda a alguno o algunos de los codeudores, no por ello pierde el derecho para dirigirse contra los otros; pero, si en razón de la demanda obtiene un pago parcial, la obligación se extingue hasta concurrencia de lo pagado y no puede exigir después a ninguno de los codeudores sino la parte que no hubiere sido satisfecha (art. 1572). Así, si A me paga mil pesos a consecuencia de mi demanda, tanto él como B y C siguen obligados solidariamente por los dos mil pesos insolutos.

3) El pago total o parcial, voluntario o no, hecho por uno de los codeudores, extingue la obligación solidaria respecto a todos. Y lo dicho del pago se aplica también a la novación, a la confusión y a la compensación, pero no a la condonación, según pasamos a verlo.

a) Si en uno de los sujetos de la obligación solidaria se confunden las calidades de acreedor y codeudor, aquella se extingue (art. 1727).

b) Si entre el acreedor y uno de los codeudores se pacta novación, la obligación primitiva se extingue respecto a todos los codeudores solidarios; y en la obligación nueva, que es completamente distinta, estos no tienen parte alguna, a menos que voluntariamente accedan a ella (arts. 1576 y 1704).

c) La compensación obra por el solo ministerio de la ley y aun sin el conocimiento de los deudores recíprocos, quedando extinguidas las deudas que entran en ella hasta concurrencia de sus valores (art. 1715). Por consiguiente,

aplicando este principio y los que gobiernan la solidaridad, cuando existe un crédito de uno de los codeudores solidarios contra el acreedor, la obligación solidaria queda extinguida por compensación hasta concurrencia de dicho crédito. Sin embargo, en contradicción con lo dicho, la ley le prohíbe al codeudor solidario oponer al acreedor, por vía de compensación, los créditos de sus codeudores solidarios contra el mismo acreedor, salvo que estos se los hayan cedido. Es decir, que, a pesar de haberse operado ipso iure la compensación de los créditos, el codeudor solidario demandado por el acreedor solo puede proponer la excepción de compensación cuando son suyos los créditos que le opone el acreedor (arts. 1577 y 1716, inc. 4º). Esta inconsecuencia que también existe en el Código francés, se explica, al decir de PLANIOL y RIPERT, por el deseo de impedir la inquisición en los negocios ajenos: lo contrario permitiría que el deudor perseguido por el acreedor hiciera verificar en los libros y papeles de su codeudor si el crédito opuesto en compensación realmente existe y cuál es su valor[6]. A nuestro modo de ver, esta explicación es insuficiente, pues nos parece justo que si el deudor demandado responde de la totalidad de la deuda, tenga derecho a probar, mediante los libros y papeles de otro de sus codeudores, que su obligación para con el acreedor se ha extinguido ipso iure y que ya solo debe al codeudor cuyo crédito se ha compensado la parte o cuota que al primero le corresponde en la deuda común.

d) La condonación de la deuda puede hacerse en favor de todos los deudores o solo de uno o varios de ellos. Como es claro, en el primer caso la obligación queda totalmente extinguida. Pero si el acreedor condona apenas la deuda a uno o varios de los deudores, los otros no favorecidos siguen siendo solidariamente responsables, con rebaja de las cuotas de los deudores en cuyo favor se ha hecho la condonación (art. 1575). Hay, pues, aquí una excepción al principio general de la solidaridad, según el cual la extinción de la obligación entre el acreedor y cualquiera de los codeudores obra respecto de todos los demás. Explícase esta excepción, porque la condonación implica el animus donandi y quien dona lo hace en consideración a la persona del donatario. De ahí que la condonación solo libere totalmente al codeudor o codeudores favorecidos; a los otros los libera parcialmente, ya que de la obligación se rebajan las cuotas de los favorecidos.

4) Como entre el acreedor y los codeudores solidarios existen varios vínculos, estos pueden ofrecerse de diversos modos: unos pueden ser puros y simples, y otros ser condicionales o a plazo (art. 1569).

5) Por el mismo motivo, la vinculación de un codeudor puede encontrarse viciada y ser válida la de los demás: por ejemplo, si uno de los deudores es relativamente incapaz, su obligación es anulable, sin que lo sean las de los otros.

6) También la pluralidad de vínculos obligatorios permite que la obligación de uno de los codeudores se extinga, sin que suceda otro tanto con las obligaciones de los otros. Así, ya vimos que la condonación de la deuda en favor de

[6] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. II, núm. 766 y págs. 267 y 268.

un codeudor extingue la obligación de este, pero deja en pie las de los otros codeudores, deducción hecha de la cuota del favorecido (art. 1575). La causal de extinción es personal, no obra in re.

388. Efectos secundarios.—Los efectos principales de la solidaridad pasiva que ya enumeramos se explican suficientemente por la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos entre el acreedor y los codeudores. Además de dichos efectos, la solidaridad produce otros menos importantes y que doctrinalmente se explican, bien sea por el deseo de reforzar las garantías del acreedor, bien sea por la idea de una representación recíproca de los codeudores solidarios en beneficio del acreedor, idea esta última tomada indebidamente del fundamento histórico de la solidaridad activa. Según el Código Civil, estos efectos secundarios son los siguientes:

1) Interrumpida la prescripción respecto de uno de los codeudores solidarios se interrumpe respecto de todos. Por consiguiente, si uno de los codeudores solidarios reconoce expresa o tácitamente la obligación como si pide nuevo plazo, o si el acreedor propone demanda judicial contra cualquiera de los deudores, la prescripción queda interrumpida respecto de todos estos (art. 2540).

2) La mora o la culpa de uno de los codeudores puede afectar a los otros. Si la cosa perece durante la mora o por culpa de uno de los codeudores solidarios, todos estos quedan obligados solidariamente, al precio de aquella, salvo la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o la mora no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso. Tal es lo dispuesto por el artículo 1578 del Código Civil. Por consiguiente, si la cosa debida perece después de la constitución en mora de uno de los deudores, todos estos se reputan constituidos en mora y todos responden solidariamente del precio. De la propia manera, si la cosa debida perece por culpa de uno de los deudores, todos estos se reputan culpables y deben responder solidariamente de dicho precio.

Sin embargo, esta consecuencia de la solidaridad no llega hasta el punto de extender a todos los codeudores solidarios la plenitud de los efectos de la culpa o de la mora de uno de ellos, pues, de no ser así, todos ellos responderían solidariamente de los daños y perjuicios y no solo del valor de la cosa debida[7].

[7] Hay en este punto una inconsecuencia del legislador, que solo se explica por la historia. El derecho romano sometía a un tratamiento diferente la culpa y la mora. El Digesto, en el título De duobus rei dice, a propósito de los correi promottendi, que "el hecho de uno perjudica a los demás" (alterius factum alteri nocet) (lib. XLV, tít. 2, frag. 18); y el título De usuris sostiene, por el contrario, que "la mora de uno no perjudica a los otros" (alterius mora alteri non nocet) (libro XXII, tít. 1, frag. 32). Dumoulin no se limitó a comprobar que en el derecho romano la culpa y la mora eran tratadas en forma diferente, sino que se dio, sin necesidad alguna, a la tarea de conciliar los mencionados textos, ideando la explicación sutil de que, según estos, la culpa o la mora de uno de los codeudores perjudica a los otros, en el sentido de que todos responden solidariamente del valor de la cosa (aestimatio rei), pero que no responden del perjuicio (damnum), que es de cargo del deudor moroso o culpable. Esta explicación "adivinatoria y falsa para

Los autores franceses no aceptan la anterior distinción cuando la indemnización se ha estipulado en cláusula penal. En este caso, los codeudores solidarios responden solidariamente de los perjuicios, es decir, de la pena pactada, solución que se funda en la circunstancia de que la pena es una obligación distinta, aunque subordinada al incumplimiento de la obligación principal. Consideramos que, por la razón expuesta, esto es, por haberse pactado también la solidaridad pasiva respecto de la pena, en este campo debe obrar esa solidaridad en toda su plenitud, porque tal es la intención manifiesta de las partes. Quiere esto decir que la mencionada solución francesa es de recibo entre nosotros, a pesar de que no se encuentre autorizada por texto legal alguno, lo que igualmente ocurre en Francia[8].

389. La representación recíproca de los codeudores solidarios.—Los efectos secundarios de la solidaridad pasiva ya relacionados, no alcanzan a explicarse por las solas ideas de la unidad de prestación y de la pluralidad de vínculos. De ahí que la doctrina francesa seguida por comentaristas de nuestro Código Civil, agregue a dichas ideas la de una representación recíproca entre los codeudores solidarios.

Algunos autores franceses antiguos, como Dumoulin, Renusson, Chabrol y Aubroux des Pommiers, comenzaron a explicar los efectos secundarios de la solidaridad pasiva por la idea cómoda de "un mandato recíproco y tácito que se confieren los codeudores solidarios". Esta idea ha venido tomando cada vez mayor fuerza entre los expositores y en la propia jurisprudencia francesa, hasta el punto de que hoy es generalmente aceptada. Más aún, la doctrina y la jurisprudencia francesas han deducido de ella consecuencias no previstas por la ley.

Sin embargo, no son pocos los tratadistas que rechazan esta teoría. Algunos, como Huc, consideran que, por cuanto el principio de la representación recíproca de los codeudores solidarios no se encuentra enunciado en las grandes obras del derecho antiguo ni en los trabajos preparatorios del Código francés, dicho principio no pasa de ser "una imaginación de los intérpretes, carente de todo fundamento y que debe ser rechazada"[9]. Se agrega también que es contrario a la realidad suponer que siempre que dos personas están obligadas solidariamente se han conferido un mandato recíproco y tácito, pues bien puede ocurrir que ellas no hayan celebrado a un mismo tiempo el contrato que las obliga, como sucedía en el Código Civil francés respecto a los coarrendatarios de un

---

el derecho romano", como la califica Josserand, fue más tarde acogida por Pothier y sirvió de fundamento para la redacción del art. 1205 del Código francés y del art. 1578 del Código colombiano (Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 264, nota 1, pág. 104; Josserand, ob. cit., t. II, nota 1, pág. 417).

[8] Planiol y Ripert, ob. cit., t. II, núm. 758, pág. 265.

[9] Huc, Comentaire..., t. VII, núm 318.

edificio, quienes respondían solidariamente del incendio que se presentara en él, y hasta puede ser que la obligación no provenga de contrato alguno, como en cualquier caso de responsabilidad solidaria por el hecho ilícito. Otros, como COLIN y CAPITANT, estiman que los efectos secundarios de la solidaridad pasiva se justifican suficientemente por la finalidad perseguida por esta institución, sin necesidad de recurrir a "la idea inconsistente" de la representación recíproca de los codeudores solidarios. Dichos efectos de la solidaridad, dicen estos, refuerzan la garantía del acreedor y al propio tiempo entrañan una disminución de los gastos de cobranza que, a la postre, beneficia a los codeudores solidarios. De suerte que los efectos secundarios de la solidaridad pasiva se justifican suficientemente por consideraciones prácticas y sin necesidad de recurrir, como lo han hecho los jurisconsultos, a esa idea de la representación recíproca entre los codeudores[10].

Mas no todas las críticas que ha suscitado la tesis en cuestión tienen la fuerza que se les atribuye. Así, poco importa que el legislador no haya pensado, al dictar las normas de la solidaridad, en la posible existencia de un mandato recíproco entre los codeudores solidarios; bastaría simplemente que esta idea explicara ciertos efectos que no encuadran en las otras directivas de la institución, para que pudiera ser acogida por la doctrina. Tampoco importa que la representación recíproca no se acomode estrictamente al contrato de mandato. El reparo es justo, pero exagerado; puede desvirtuarse, y así lo ha sido, diciendo que la representación recíproca de los codeudores en beneficio del acreedor es un efecto legal de la solidaridad que puede existir fuera de todo contrato; es decir, que cada codeudor solidario es representante de los otros por el solo ministerio de la ley[11].

Pero cuando sí falla verdaderamente la tal idea de la representación recíproca de los codeudores solidarios, es en el momento de precisar su alcance y deducir todas sus consecuencias lógicas. Por ejemplo, admitiendo que los codeudores están obligados solidariamente a pagar el precio de la cosa debida que ha perecido por culpa o durante la mora de uno de ellos —ya que este los representa a todos—, queda sin explicación la circunstancia de que no los represente para el efecto de obligarlos al pago de todos los perjuicios ocasionados al acreedor. Los partidarios de la teoría de la representación han tenido, entonces, que comenzar por admitir un límite de ella, adoptando al efecto una fórmula arbitraria ideada por DUMOULIN: "Los codeudores solidarios se representan recíprocamente frente al acreedor para la conservación de la obligación, pero no para aumentarla" (ad conservandam vel perpetuandam obligationem, non autem ad augendam).

Pero es tan imprecisa y tan difícil de aplicar la teoría de la representación aun limitada de los codeudores solidarios, que es preferible acoger la explicación

[10] COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. II, núm. 427, págs. 401 y 402.

[11] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. II, núm. 750, pág. 262; JOSSERAND, ob. cit., t. II, núm 766.

de Colin y Capitant, según la cual los efectos secundarios de la solidaridad pasiva se explican suficientemente por simples consideraciones prácticas ajenas a dicha teoría, tales como la de aumentar la garantía del acreedor, disminuir los gastos de cobranza en beneficio de este y de los deudores, etc.

Sin embargo, repetimos que la doctrina dominante ha optado por la solución tradicional, es decir, por la de la representación recíproca y limitada de los codeudores solidarios, haciendo de ella, como ya quedó dicho, aplicaciones más o menos lógicas y no previstas por la ley. Vale la pena examinar algunos ejemplos de estas:

a) Constituido en mora un deudor solidario, quedan los otros colocados en la propia situación. Por consiguiente, los intereses moratorios comienzan a correr en provecho del acreedor y a cargo de todos aquellos. Este efecto, encaminado a evitar los gastos al acreedor, como son los necesarios para requerir judicialmente a todos los codeudores, lo prevé el artículo 1207 del Código francés, pero no es aplicable, a nuestro modo de ver, en el derecho colombiano:

1º) Porque el artículo 1569 de nuestro Código Civil permite que el objeto de la obligación solidaria se deba a diversos modos: por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos deudores y bajo condición o a plazo respecto de otros. De donde se colige que la exigibilidad de la obligación y la mora de los codeudores no corren parejas necesariamente respecto a todos estos. Así, si A presta mil pesos a B y C, en forma que la obligación de B sea a plazo y la de C sea condicional, cumplido el plazo la obligación de B se hace exigible, y si no la paga inmediatamente, queda constituido en mora (art. 1608, ord. 1º), más no así C, cuya obligación no se hace exigible mientras penda la condición y, ni aun cumplida esta, queda constituido en mora hasta que no se le requiera judicialmente para el pago (art. 1608, 3º).

2º) Porque, conforme al artículo 1578, que hemos ya comentado, el efecto de la mora de uno de los codeudores se limita respecto a los otros a hacer correr por cuenta de estos los riesgos de la cosa debida hasta concurrencia de su valor. Pero el propio texto dispone que la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o la mora no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso. Ahora bien, los intereses moratorios constituyen indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de una obligación a dinero (art. 1617); luego, aplicando el período final del artículo 1578 citado, el acreedor solo puede cobrar intereses moratorios al deudor moroso.

3º) Aun situándose en la teoría de la representación recíproca de los codeudores solidarios, la solución resulta ilógica: los intereses moratorios agravan la situación de los codeudores y, según dicha teoría, los codeudores se representan recíprocamente para la conservación de la obligación, pero no para aumentarla. En síntesis, es infundado el intento de quienes han pretendido trasladar a nuestro derecho este efecto consagrado por el artículo 1207 del Código francés, artículo que, como acabamos de afirmarlo, contradice la teoría de la representación

limitada de los codeudores solidarios, puesta en boga por los comentaristas de dicho Código[12].

b) Como la cesión de créditos no produce efecto mientras no sea notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este, según lo dispone el artículo 1960, la doctrina ha estimado que, siendo cada codeudor solidario representante de los demás, basta que la notificación de la cesión la haga el cesionario a uno de estos para que dicha cesión se perfeccione. Pero como la notificación tiene por objeto en este caso el comunicarle al deudor el desplazamiento del crédito y se relaciona con la validez del pago, nosotros consideramos que la mencionada formalidad legal debe cumplirse respecto de todos los codeudores solidarios. Lo dicho no obsta para que la cesión se repute perfecta en cuanto al deudor que haya sido notificado, pues como en la obligación solidaria existe pluralidad de vínculos, cada codeudor debe ser considerado separadamente para el efecto indicado[13].

c) También se ha querido trasladar al campo del derecho procesal la teoría de la representación recíproca de los codeudores solidarios, para evadir mediante ella el principio de la relatividad de los fallos judiciales, según el cual estos solo aprovechan o perjudican a quienes han intervenido en los juicios respectivos. Dicha teoría conduciría a que la sentencia dictada en favor o en contra de uno de los codeudores solidarios aprovechase o perjudicase a los otros, por ser aquel un representante necesario de estos. Esta nueva aplicación ha sido objeto de innumerables críticas, lo que ha obligado a sus inventores a hacer importantes concesiones, tales como la de rechazar el efecto de la cosa juzgada respecto a los codeudores que no han intervenido en el juicio, cuando ha habido colusión entre el acreedor y el codeudor demandado; o cuando existe una excepción personal de uno de los codeudores, que no ha podido ser propuesta por el codeudor demandado; o cuando este, por negligencia, ha dejado de oponer una excepción o medio de defensa que existía en favor de todos los codeudores, v. gr., la excepción de prescripción, etc.

Como se observa, todos estos reparos están demostrando la inconsistencia de la teoría de la representación recíproca de los codeudores solidarios, y cuán perjudicial e injusto sería aplicarla con todo rigor lógico. Repetimos, por tanto, que es preferible explicar aquellos efectos legales de la solidaridad que resultan extraños a los principios de la unidad de prestación y de la pluralidad de vínculos por la simple conveniencia práctica y prescindiendo de esa vaga, imprecisa y peligrosa teoría.

Las legislaciones suiza y alemana han disminuido considerablemente la eficacia de la solidaridad. Así, el Código Civil alemán suprimió totalmente sus efectos secundarios, tales como los relativos a la culpa y la mora, a la suspensión e interrupción de la prescripción, etc. También han limitado los modos de extinción de las obligaciones solidarias entre el acreedor y uno de los

[12] Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Josserand, obras citadas, lugares citados.

[13] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 232, pág. 147.

codeudores al pago y a aquellos otros que implican satisfacción del crédito, como la dación en pago, la compensación, etc. Entonces, bien se puede decir con JOSSERAND que la tendencia legislativa moderna se informa solamente en la unidad de prestación y en la pluralidad de vínculos, excluyendo el principio de la representación recíproca[14].

390. EXCEPCIONES DE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS.—A la acción que intente el acreedor, el deudor o los codeudores solidarios demandados pueden oponer excepciones previas, que son las referentes al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; y excepciones de fondo, que son las que se oponen a lo sustancial de la pretensión y consisten en todos aquellos beneficios en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

Por el momento, solo interesan las excepciones de fondo que el codeudor solidario demandado puede oponer al acreedor. Pueden ser ellas de dos clases: a) reales (rei coherentes) y b) personales (personae coherentes). Esta clasificación se funda en el criterio relativo a quién puede oponer la excepción. Así, las reales competen a todos los codeudores; las personales, solo a alguno de estos.

391. a) EXCEPCIONES REALES.—Son las relativas a la fuente de la obligación solidaria y que se fundan en los vicios de que adolece dicha fuente, cuando estos alcanzan a afectar todas las obligaciones provenientes de ella. Así, son excepciones reales: la falta de objeto o el objeto ilícito; o la causa ilícita, y los vicios de forma referentes a la naturaleza del acto jurídico. Hay además excepciones reales que no provienen de vicios en la fuente de la obligación del deudor que las alega, sino que se fundan en ciertos modos de extinción absoluta de las obligaciones, como el pago, la novación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe y la prescripción. Las excepciones reales también se denominan comunes, por cuanto pueden alegarlas todos los codeudores solidarios.

392. b) EXCEPCIONES PERSONALES.—Algunas de ellas también se fundan en vicios de la fuente, como la incapacidad o el consentimiento insano, pero son alegables exclusivamente por el beneficiario de la nulidad legal respectiva. Otras de estas excepciones personales se originan en ciertos modos de extinción de las obligaciones, pero con la particularidad de que solo puede alegarlas por el todo el deudor directamente beneficiado; los otros codeudores apenas pueden invocarlas por la cuota de aquel, como ocurre con la remisión o condonación de la deuda en favor de un solo deudor (art. 1575). Otras de estas excepciones, como la de plazo o condición pendiente, es lógico que solo aprovechan al deudor en cuyo favor se ha estipulado la modalidad, según ya lo hemos visto.

[14] JOSSERAND, ob. cit., t. II, núm. 766; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. II, núm. 762, pág. 266.

El inciso 1º del artículo 1577 del Código Civil expresa deficientemente lo antes dicho respecto a las excepciones perentorias de los codeudores solidarios, mediante la siguiente fórmula: "El deudor demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y, además, todas las personales suyas".

393. Extinción de la solidaridad pasiva. La renuncia del acreedor.—La solidaridad se extingue según disponen las reglas consagradas en el artículo 1573 del Código Civil por la renuncia del acreedor. Puede ser esta expresa o tácita. La renuncia es expresa cuando el acreedor manifiesta en términos explícitos que renuncia a dicho beneficio en favor de alguno o de todos los codeudores. Es tácita cuando la conducta del acreedor permite inferir inequívocamente su voluntad de renunciar a la solidaridad, como cuando exige o recibe de cada codeudor su correspondiente cuota en la deuda, sin hacer reserva especial de sus derechos (ibídem).

La renuncia de la solidaridad también puede ser general o individual, según se haga en beneficio de todos los codeudores, o solo de uno o varios de ellos, respectivamente. La renuncia general produce como efecto la transformación de la obligación solidaria en conjunta, es decir, divisible entre los codeudores a prorrata de sus cuotas. La renuncia individual limita la obligación del deudor beneficiado a su cuota en la deuda o a la parte que haya pagado al acreedor; pero la acción solidaria de este contra los otros codeudores subsiste respecto al saldo insoluto de la obligación.

394. La división por causa de muerte.—En el derecho alemán y en el suizo la solidaridad se transmite por causa de muerte. De suerte que en dichos sistemas los herederos de un deudor solidario continúan obligados del mismo modo para con el acreedor, quien, por consiguiente, puede demandar el pago total de la obligación de cualquiera de ellos[15]. Por el contrario, en el derecho colombiano, lo mismo que en el francés, la solidaridad no se transmite por causa de muerte, sino que la obligación se divide entre los herederos del codeudor muerto. Así, todos los herederos de este deben pagar la totalidad de aquella; pero cada uno de ellos solo responde de la parte correspondiente a su cuota hereditaria (art. 1580). Este efecto se explica porque la solidaridad no hace indivisible la obligación: impide dividirla en el momento de formarse, pero no evita que dicha división pueda realizarse en virtud de hechos posteriores, tales como la muerte de uno de los codeudores o la renuncia de la solidaridad por el acreedor.

La división de la obligación por causa de muerte de uno de los codeudores solidarios en manera alguna implica extinción de la solidaridad, como lo pretenden Alessandri y Somarriva[16]. Según ya lo vimos, la deuda se divide entre

[15] Von Tuhr, Tratado de las obligaciones, t. II, pág. 248.

[16] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 238, pág. 151.

los herederos del codeudor muerto, pero la obligación sigue siendo solidaria, y por consiguiente, el acreedor puede demandar por el todo a cualquiera de los otros codeudores solidarios. En realidad, ocurre que el lugar del deudor muerto viene a ser ocupado por sus herederos, cada uno de los cuales lo representa hasta concurrencia de su cuota hereditaria y que, reunidos entre sí, responden de la totalidad de la deuda, como antes respondiera su causante. Bien puede decirse, pues, que cada heredero no está obligado solidariamente, pero que el conjunto de ellos sí lo está, lo cual se acomoda mejor a la concepción clásica occidental del derecho hereditario que la mencionada solución suiza y alemana, ya que esta arroja el peso de la totalidad de la deuda sobre cada heredero.

B. Efectos entre los codeudores

395. División de la deuda.—La solidaridad afecta directamente las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios (vinculum), produciendo como efecto principal la necesidad en que cada uno de estos se encuentra de satisfacer la totalidad de la deuda; pero lo anterior no significa que, ya en lo referente a las relaciones de los codeudores entre sí (commodum), cada uno haya de sufrir en forma definitiva el peso total de la obligación. Por el contrario, una vez extinguido el vínculo entre el acreedor y los codeudores solidarios, la deuda se divide entre estos.

396. Forma de la división.—La obligación se divide entre los codeudores a prorrata de sus cuotas en ella. De manera que, siendo la carga de cada deudor el criterio de la división, la obligación puede resultar repartida en partes iguales o desiguales, y hasta es dable que un deudor quede completamente libre, en caso de no haber tenido interés alguno en la obligación.

La forma de la división de la deuda puede encontrarse ya establecida en la convención, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en esta. Y si los contratantes han guardado silencio al respecto, entonces es de presumir que todos los codeudores tienen un interés igual, y por consiguiente, la obligación se divide también por partes iguales entre todos ellos. Así, la obligación por dos mil pesos contraída solidariamente por A y B, se divide a razón de mil pesos a cargo de cada deudor. El Código Civil no reglamenta en forma expresa esta hipótesis; pero la solución indicada tiene asidero en el inciso 2º del artículo 2325, conforme al cual, si los comuneros contraen colectivamente una deuda sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales. Es decir, la ley presume que la obligación contraída en común por varias personas interesa por igual a todas ellas, presunción que se acomoda perfectamente al caso de que la obligación sea solidaria y se trate de determinar las cuotas de los codeudores para el efecto de sus relaciones recíprocas. Pero es claro que esta presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. En el ejemplo propuesto, si A paga al

acreedor la obligación y prueba que su interés en ella era tan solo de quinientos pesos, tiene derecho para reclamarle a su codeudor B la suma de mil quinientos pesos. Más aún, puede ocurrir que un codeudor solidario no tenga interés alguno en la deuda, sino que la haya contraído para garantizar la obligación de los otros codeudores. En este caso la solidaridad ha sido empleada como caución: el codeudor que no tiene interés en la deuda es un fiador solidario que responde de la totalidad de ella frente al acreedor, pero que no participa en su división entre los codeudores (art. 1579).

397. La insolvencia de uno de los codeudores.—Cuando la obligación es conjunta, cada codeudor solamente responde de su parte o cuota en la deuda. La insolvencia de uno de ellos perjudica al acreedor, quien no puede hacer efectiva la cuota del insolvente, pero esto no agrava la situación de los otros codeudores. En cambio, si la obligación es solidaria, la parte del codeudor insolvente grava a los demás a prorrata de sus cuotas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad (art. 1579, in fine). Esta solución se impone por la justicia: en la obligación solidaria el acreedor tiene derecho a exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los codeudores. De suerte que si uno de ellos pagara la obligación y no tuviera derecho a exigir a los otros codeudores su concurso en la parte del insolvente, vendría a sufrir un gravamen mayor que el de estos.

398. Recursos del codeudor que ha pagado.—El codeudor solidario que ha pagado la deuda o que ha desinteresado al acreedor por alguno de los medios equivalentes al pago, como la novación o la compensación, queda subrogado en el derecho del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada su acción respecto a cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este en la deuda (art. 1579). De suerte que el deudor solidario se sustituye al acreedor en su derecho con todos sus privilegios y garantías, como las fianzas, prendas, etc.; pero la solidaridad se extingue y no se traspasa al codeudor subrogatario; por consiguiente, este solo puede pedir a los otros codeudores sus partes o cuotas en la deuda.

Esta solución se impone por la conveniencia: si los codeudores solidarios se subrogaran también en el beneficio de la solidaridad, se produciría un circuito de acciones entre ellos. Por ejemplo, al pagar A la obligación contraída solidariamente con B y C, aquel podría demandar a B por el total de la deuda; este podría demandar a C, y este último podría demandar nuevamente a A, repitiéndose indefinidamente el ciclo de acciones. A la inversa, extinguiéndose la solidaridad, las obligaciones entre los codeudores solidarios son simplemente conjuntas y, en consecuencia, el codeudor que ha satisfecho al acreedor solo puede exigir a los otros las cuotas que les correspondan en la deuda.

Algunos de los autores que admiten la existencia de un mandato recíproco entre los codeudores solidarios, además de la acción de subrogación, reconocen

al codeudor que ha satisfecho la deuda una acción de mandato, mediante la cual puede cobrar a los otros codeudores sus cuotas en la deuda, más los intereses correspondientes a las cuotas, pues el mandatario tiene derecho a cobrar a su mandante intereses sobre las sumas de dinero que haya tenido que desembolsar en cumplimiento de la gestión. Rechazada la teoría del mandato recíproco entre los deudores solidarios, quedaría también rechazada la acción de mandato atribuida al codeudor que ha satisfecho al acreedor. La acción subrogatoria es, entonces, el único recurso que se le reconoce a este, lo que no implica el desconocimiento de su derecho al cobro de intereses, pues, según ya quedó dicho, la subrogación se opera no solo en cuanto al principal de la obligación, sino también respecto a sus accesorios. Así, dicho codeudor adquiere el derecho a intereses que tuviera el acreedor, conforme a la convención o a la ley, desde luego sujeto a la división entre los codeudores a causa de la extinción de la solidaridad.

Capítulo VII

OBLIGACIONES INDIVISIBLES

I. Generalidades

399. Concepto.—Obligaciones indivisibles son aquellas que, aun cuando no sean solidarias, no pueden ser cumplidas por partes, bien sea en razón de su objeto, o por disposición de la ley, o por virtud del acto jurídico.

400. Dificultad teórica.—Los glosadores del derecho romano se dieron a la tarea de complicar y oscurecer la teoría de la indivisibilidad de las obligaciones, hasta el punto de que Dumoulin, reputado como el príncipe de los jurisconsultos franceses del siglo XVI, escribió una obra denominada Extricatio labyrinthi dividui et individui, en la que con gran aparato trata de dilucidar este tema, calificado por él como "el mar más agitado, el más profundo y el más proceloso de todo el océano del derecho".

Sin duda alguna, Dumoulin consiguió sistematizar con mucha dificultad la teoría de las obligaciones divisibles e indivisibles; pero su obra, de por sí bastante abstrusa, no fue cabalmente entendida por los jurisconsultos posteriores, entre ellos Pothier, el inspirador, en este punto, del Código de Napoleón y del de don Andrés Bello. Por esta razón, las legislaciones francesa y colombiana adolecen de graves defectos en sus tratados de las obligaciones indivisibles, a los que se agregan los errores y las complicaciones introducidas por los comentaristas de dichas legislaciones, quienes han conservado la fama de la dificultad de este tema que apenas sí reviste importancia secundaria, de tal manera que una revisión de nuestro Código Civil bien podría llevar a suprimir las reglas de la indivisibilidad, las que encontrarían lugar adecuado en el tratado de la solidaridad, según lo hizo el Código alemán de 1900.

401. Interés de la teoría.—Cuando en la obligación solo hay un acreedor y un deudor, sobra preguntarse si ella es divisible o indivisible, pues es claro que el deudor debe ejecutarla totalmente y no puede obligar al acreedor a recibir su pago por partes, según lo dispone el artículo 1649 del Código Civil. Es decir, que cuando solo hay un acreedor y un deudor, la obligación debe cumplirse como si fuera indivisible. En cambio, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación cobra interés cuando esta es subjetivamente compleja por el

aspecto activo, o por el pasivo, o por ambos. Si hay varios acreedores o varios deudores entre quienes no exista solidaridad y el objeto es divisible, el crédito o la deuda se divide de pleno derecho entre aquellos o estos, en su orden, es decir, que la obligación es simplemente conjunta. Cosa muy distinta sucede cuando el objeto de la obligación es indivisible, pues entonces, aunque no exista solidaridad, cada acreedor tiene derecho a exigir la totalidad del crédito y cada deudor responde de la totalidad de la deuda. Por este aspecto, la indivisibilidad se confunde con la solidaridad.

II. Las fuentes de la indivisibilidad

402. Precisión.—La indivisibilidad de una obligación puede provenir de la naturaleza de su objeto, del mandato legal o de la voluntad de los contratantes.

403. a) Indivisibilidad por la naturaleza del objeto.—Al respecto, cabe distinguir entre las obligaciones de dar, de hacer, y de no hacer.

404. Obligaciones de dar.—Como estas versan sobre la constitución o la transferencia de la propiedad plena o desmembrada, no hemos podido encontrar un solo ejemplo de indivisibilidad por razón del objeto en esta especie de obligaciones, pues aunque las cosas sobre las que recaigan no pueden ser divididas materialmente, como un caballo, el derecho por transferir sí es susceptible de división intelectual en cuotas y, por consiguiente, la obligación se puede cumplir por partes, mediante la transferencia de las cuotas que integran la totalidad del derecho. Si A y B se obligan a dar el predio de que son copropietarios, la obligación no es objetivamente indivisible, pues A puede cumplir haciendo tradición de su cuota, y B puede hacer otro tanto.

Frente a la aludida imposibilidad, la doctrina suele citar los derechos reales de servidumbre, de hipoteca y de prenda, a manera de ejemplos de la indivisibilidad.

Nosotros consideramos que teóricamente la obligación de constituir una servidumbre no es indivisible, porque sí se puede ejecutar y exigir por partes. Así, si se trata —según el manido ejemplo— de una servidumbre de tránsito, es cierto que esta no queda totalmente constituida mientras el predio enclavado no tenga acceso al camino público. Sin embargo, no hay razón para negar que cada uno de los propietarios de los predios que se interponen cumple su obligación constituyendo la servidumbre en lo que a su predio corresponde, esto es, que la obligación de constituirla es lógicamente divisible. Otra cosa es que la ley, con miras a evitar inconvenientes al beneficiario de la servidumbre y a quienes deban constituirla, someta la obligación de estos al régimen de la indivisibilidad, con lo cual no está creando la existencia de un caso de indivisibilidad natural, sino otro de indivisibilidad legal (art. 1581).

La obligación de constituir una hipoteca, v. gr., la que emana de una promesa, también es lógicamente divisible. Si la propiedad del bien por gravar es de varios, cada uno cumple al hipotecar su cuota o parte. De suerte que cuando los autores hablan de la indivisibilidad de la hipoteca, ello no debe entenderse en lo que se refiere a la obligación de constituir dicho gravamen, sino a otra cosa distinta y ajena a esta, como es la de declarar que el derecho real en cuestión garantiza la totalidad de la obligación a que accede, en forma tal que subsiste sin mengua aunque de la obligación garantizada quede tan solo una parte insoluta, por mínima que esta sea[1]. En resumidas cuentas, lo indivisible, en este caso, es el derecho real de hipoteca ya constituido, pero no así la obligación de constituirlo. Incurren, pues, en confusión quienes citan este caso como un ejemplo de obligaciones indivisibles, y en ella incurre también nuestro Código Civil en su artículo 1583, ordinal 1º, que reproduce esa idea errónea.

405. Obligaciones de hacer y de no hacer.—Estas, por regla general, sí son indivisibles. Cuando la obligación de hacer consiste en la entrega de cosa que no sea susceptible de división material, v. gr., de un caballo, resulta imposible su cumplimiento por partes. Cuando consiste en la ejecución de un hecho, v. gr., el de pintar un retrato, también la indivisibilidad se impone. Y lo propio se puede decir de las obligaciones de no hacer, cuya infracción, por mínima que sea, implica su incumplimiento: si debo no abrir un bar, lo mismo dejo de cumplir cuando vendo un litro de vino que cuando vendo toda clase de licores. No se puede, pues, hablar de cumplimiento parcial de esta especie de obligaciones.

406. b) Indivisibilidad por disposición de la ley.—Claro que al establecer la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación, la ley tiene que atender, ante todo, a la naturaleza del objeto de aquella. Así, mal puede la ley declarar divisible la obligación de entregar un caballo. Sin embargo, la indivisibilidad puede provenir del solo mandato de la ley cuando la división del objeto es real o intelectualmente posible, pero el legislador, inspirado en motivos de conveniencia, prohíbe el cumplimiento por partes de la obligación respectiva. Un ejemplo de este tipo de indivisibilidad se encuentra precisamente en la obligación de constituir una servidumbre de tránsito en favor de predio enclavado, cuando entre este y el camino público se interponen otros de distintos dueños. En realidad, según ya quedó dicho, no puede decirse que exista imposibilidad material o intelectual para que cada uno de los dueños se limite a constituir separadamente la servidumbre sobre su propio predio. Pero este procedimiento podría aparejar graves inconvenientes para el predio dominante y para todos los predios sirvientes. La falta de acuerdo entre los dueños de estos últimos podría obstaculizar la efectividad del derecho de servidumbre, como si el tránsito por cada predio quedara establecido en zona diferente, perdiéndose así la

[1] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, pág. 273, nota 3.

continuidad del camino y hasta haciéndose imposible su uso. Podría ocurrir también que, cumplida la obligación por uno de los dueños, tuvieran los otros que ceñirse al plan trazado por este, con perjuicio para sus intereses. Todos estos inconvenientes justifican que la ley establezca el régimen de la indivisibilidad para la citada obligación.

407. c) INDIVISIBILIDAD POR EL ACTO JURÍDICO.—Por hipótesis, aquí el objeto de la obligación es susceptible de fraccionamiento y la ley no se opone al cumplimiento parcial de ella; sin embargo, la obligación puede quedar sometida al régimen de la indivisibilidad por la sola voluntad de los contratantes. Por ejemplo, si A y B se obligan por mil pesos en favor de C, ni la naturaleza ni la ley se oponen a que A pague solamente quinientos pesos y a que B pague otro tanto; pero si se ha pactado la indivisibilidad, dicha forma de solución queda excluida, imponiéndose la unidad del pago.

La voluntad de las partes puede ser expresa o tácita. El pacto expreso de indivisibilidad es de uso poco frecuente, quizá debido a la falta de inteligencia de la institución. El inciso 2º, ordinal 4º del artículo 1583 del Código Civil contempla un caso de indivisibilidad convencional expresa al referirse a la estipulación entre el acreedor y el deudor respecto a que el pago no pueda hacerse por partes, ni aun por los herederos de este, en cuyo caso cada heredero puede ser obligado a entenderse con los otros para el pago total de la deuda o a hacerlo él mismo, quedando a salvo su acción de saneamiento contra los demás herederos. La comentada estipulación constituye, pues, un pacto expreso de indivisibilidad y nada tiene que ver con negocio sobre sucesión futura, contra lo que algunos han entendido.

La indivisibilidad también puede surgir de la voluntad tácita o presunta de los contratantes, atendidas las circunstancias en las que han nacido la obligación. Por ejemplo, la de construir una casa se reputa indivisible, pues aun cuando la edificación pueda hacerse por partes, al acreedor le interesa recibir la casa terminada y según un plan uniforme (art. 1581). El ordinal 5º del artículo 1583 del Código Civil, se refiere al caso de que se deba terreno u otra cosa determinada cuya división ocasionare perjuicio al acreedor; entonces, este podrá exigir o que los codeudores se pongan de acuerdo para el pago total o que uno de ellos lo verifique, quedando a salvo la acción de indemnización de este contra los demás. Para ilustrar este caso de indivisibilidad convencional tácita, los autores ofrecen el ejemplo de una persona que compra un lote de tierra con objeto de edificar un teatro, casino o fábrica de dimensiones determinadas. A pesar de que se haya guardado silencio en el contrato, la obligación de entregar el lote a cargo de los vendedores es indivisible, porque si esta pudiera ser cumplida por partes el acreedor recibiría grave perjuicio.

Véase, en resumen, que la determinación de la indivisibilidad convencional tácita es asunto de interpretación judicial del contrato, habida cuenta de las circunstancias que rodean el nacimiento de la obligación.

III. Efectos de la indivisibilidad

408. Referencia.—Cuando la obligación indivisible es compleja por el aspecto pasivo, sus efectos tradicionales son tan semejantes a los de la obligación solidaria, que el Código Civil alemán somete a los codeudores a un mismo régimen, el de la solidaridad pasiva, fusionando así estas dos instituciones[2]. El Código suizo de las obligaciones sí mantiene en su mayor parte las distinciones tradicionales de la doctrina francesa entre la solidaridad y la indivisibilidad[3].

A. Efectos por el aspecto activo

409. 1) La exigibilidad por cada coacreedor.—Lo mismo que en la solidaridad, cada uno de los acreedores puede exigir el pago total de la obligación indivisible, según lo dispuesto por el artículo 1584 del Código Civil. Esta solución legal no presenta inconveniente cuando el cumplimiento de la obligación redunda de suyo en provecho de todos los acreedores, como ocurre cuando el objeto de aquella consiste en una abstención. Por el contrario, cuando la obligación es de dar o entregar una cosa, el pago a un solo acreedor pone en peligro el derecho de los otros. Más acertada es, pues, la solución alemana y suiza, conforme a la cual la obligación indivisible debe ser exigida conjuntamente por todos los acreedores, a menos que entre estos exista solidaridad o que la ejecución de la prestación aproveche naturalmente a todos[4].

410. 2) La transmisión por causa de muerte.—La indivisibilidad se transmite a los herederos del acreedor, en forma tal que cualquiera de estos puede exigir también la totalidad de la prestación debida. Pero esta regla, consagrada por el artículo 1585 del Código Civil y aplicable a las obligaciones que son indivisibles por la naturaleza de su objeto, tiene excepción en lo tocante a la indivisibilidad convencional, pues cuando se trata de esta cada heredero del acreedor muerto solo puede demandar su cuota o parte en el crédito, y la totalidad de este no puede serlo sino mediante demanda conjunta de todos los herederos. Esta excepción, establecida en los ordinales 4º y 5º del artículo 1583, referentes ambos a la indivisibilidad convencional, es indiscutiblemente una inconsecuencia del sistema legal, porque no existe fundamento alguno para someter a diferente régimen la indivisibilidad natural y la convencional.

[2] Von Tuhr, Tratado de las obligaciones, t. II, pág. 283.

[3] En contra, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. III, núm. 271, pág. 166; Von Tuhr, ob. cit., loc. cit.

[4] Von Tuhr, ibídem.

411. 3) La disposición del crédito por alguno o algunos de los coacreedores.—Si la obligación indivisible existe en favor de varios acreedores, cada uno tiene derecho a una parte o cuota en el crédito, de la que puede disponer libremente. Por ende, cualquiera de ellos puede condonar al deudor la parte que le corresponda o puede recibir el precio de ella a manera de dación en pago. Pero ninguno de dichos coacreedores tiene derecho sobre la totalidad de la obligación, lo que le impide condonarla o recibir el precio de la cosa debida sin el consentimiento de los otros; y si llegare a hacerlo, estos podrán todavía demandar la cosa misma, abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1589 del Código. Precisamente por cuanto en la obligación indivisible cada acreedor solo tiene derecho a su parte o cuota y carece de facultad para representar a sus coacreedores, es por lo que resulta insólita y contradictoria la solución legal que le permite demandar el pago total de la obligación[5]. Menos mal que le está prohibido extinguirla por medio distinto del pago, como se desprende del artículo 1589, que se refiere a la condonación y a la dación en pago, prohibición que, por aplicación de principio, se hace extensiva a los otros modos de extinguir las obligaciones, tales como la novación, la compensación, etc., los que suponen una autorización para disponer de la totalidad del crédito, de la que carece el acreedor de obligación indivisible[6].

412. 4) La interrupción y la suspensión de la prescripción.—La doctrina conviene en admitir que la interrupción y la suspensión de la prescripción a favor de uno de los acreedores de obligación indivisible aprovecha a los otros, a pesar de que la ley no consagre expresamente tal efecto. Nuestros expositores del derecho civil y los chilenos fundan esta solución en el artículo 943 del Código (886 del chileno) perteneciente al tratado de las servidumbres, a cuyo tenor: "Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno". El texto legal citado se explica, en el sentir de dichos expositores, por la indivisibilidad de la servidumbre, lo que los lleva a aplicar la misma regla de la obligación de constituir este derecho real y, en general, a toda obligación de objeto indivisible[7].

Aceptamos la solución propuesta, pero debemos apartarnos del fundamento aducido en su apoyo. Si la interrupción o la suspensión de la prescripción aprovecha a todos los acreedores de obligación indivisible, esto no se debe a una aplicación analógica del artículo 943 del Código Civil, referente a las servidumbres que son derechos reales ya constituidos y totalmente diferentes

[5] Alessandri y Somarriva, ob. cit., núm. 253, págs. 157 y 158.

[6] Fernando Vélez, Estudios de derecho civil colombiano, t. vi, 2ª ed., París, Edit. París-América, s. f., núms. 252 y ss., págs. 184 y ss.

[7] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 225, pág. 157.

de las obligaciones o derechos crediticios, aunque estos, en ciertos casos, se encaminen a la constitución de aquellos. En realidad, tal efecto de las obligaciones indivisibles es consecuencia necesaria del régimen general de ellas.

Para comprender lo anterior, supongamos que la interrupción o la suspensión de la prescripción a favor de uno de los acreedores de obligación indivisible no aprovechara a los otros. Entonces ocurriría que el acreedor beneficiado podría exigir al deudor el pago total de aquella después de estar prescrita respecto a los otros acreedores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1584 del Código, y también podría, una vez obtenido el pago, negarse a entregar a sus coacreedores las cuotas o partes que les correspondieran en el crédito, alegando que respecto a ellos la obligación ya se encontraba prescrita. Es decir, que el acreedor beneficiado con la interrupción o la suspensión podría apropiarse la totalidad de la prestación por él cobrada, lo que equivaldría, sencillamente, a transformar una prescripción extintiva establecida en beneficio del deudor en una prescripción adquisitiva provechosa solamente para el acreedor en cuyo favor se hubiera establecido la interrupción o la suspensión de aquella. De suerte que, como la prescripción no favorece al deudor cuando se ha interrumpido o suspendido en provecho de uno de los coacreedores, es necesario concluir que dicha interrupción o suspensión beneficia a todos estos, a menos de autorizar un enriquecimiento sin causa[8].

B. Efectos por el aspecto pasivo

413. 1) El cumplimiento de la obligación.—Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en todo, aunque no se haya pactado la solidaridad (art. 1584). De suerte que el efecto principal de la indivisibilidad por el aspecto pasivo es el mismo efecto principal de la solidaridad, lo que hace inoficiosa la coexistencia de estas dos instituciones.

El derecho romano, inspirado en los principios fundamentales que informaron el régimen de las obligaciones indivisibles, estableció la necesidad de demandar conjuntamente a todos los codeudores, para obtener el cumplimiento de aquellas. Y si en la obligación indivisible la prestación que constituye su objeto no es debida por uno solo, sino por todos los codeudores, y si, además, entre estos no existe representación recíproca, es lógico deducir que el acreedor debe exigir el cumplimiento a todos estos y no solo a uno de ellos. La solución moderna, que es la contraria, se explica por la conveniencia práctica; pero, entonces, la coexistencia de la indivisibilidad y de la solidaridad pasiva, llamadas a producir el mismo efecto, carecen de explicación racional, según lo comprendió el legislador alemán al fusionar estas dos instituciones.

Sin embargo, el Código Civil colombiano que ofrece, al lado del francés, un sistema de transición y hasta de confusión en la teoría de las obligaciones

[8] El art. 9º de la ley 791 de 2002 zanjó definitivamente la cuestión.

indivisibles, atenúa el efecto comentado al conceder al codeudor demandado el beneficio de un plazo para ponerse de acuerdo con los otros codeudores, para conseguir su cooperación en el cumplimiento de la obligación (art. 1587). Por este aspecto secundario, que no existe en la solidaridad, la obligación indivisible rememora su origen romano. Pero este beneficio de plazo solamente tiene cabida, según expresa disposición de la ley, en aquellos casos en que la obligación deba ser cumplida por todos los codeudores. Por el contrario, si ella es de tal naturaleza que el deudor demandado pueda cumplirla, este podrá ser condenado desde luego al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás codeudores para la indemnización que le deban (ibídem).

Estas reglas del artículo 1587 del Código deben ser tenidas en cuenta para la interpretación de algunos casos especiales de indivisibilidad que innecesaria y redundantemente relaciona el artículo 1583 de la misma obra, oscureciendo aún más el sistema. Así, al decir el ordinal 2º del texto legal últimamente citado que si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo, está aplicando la norma del artículo 1587, según la cual si la obligación solo puede ser cumplida por el deudor demandado, este podrá ser condenado desde luego al total cumplimiento: teniendo tal deudor el cuerpo cierto debido, solo él puede entregarlo. Otro tanto puede decirse de la disposición del inciso 2º, ordinal 4º del artículo 1583, que se refiere al caso de que se haya pactado la indivisibilidad con el deudor difunto, pues entonces cualquiera de los herederos puede ser obligado a pagar el total o a entenderse con sus coherederos para tal efecto. Y, por último, es también aplicación de las mismas reglas la que trae el ordinal 5º del citado artículo 1583, que coloca a uno de los deudores en la obligación de hacer el pago total o de entenderse para tal efecto con los demás codeudores, cuando lo debido es un terreno o cualquiera otra cosa determinada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor.

414. 2) La transmisión de la indivisibilidad.—La indivisibilidad no se extingue por la muerte del deudor, sino que se transmite a sus herederos, cada uno de los cuales queda, por tanto, obligado a pagar el total de la deuda, en la misma forma en que antes lo estuviera su causante (art. 1585).

Esta propiedad de las obligaciones indivisibles es quizá la única que sobrepasa la eficacia de las obligaciones solidarias, comoquiera que la indivisibilidad representa así una garantía más para el acreedor.

Pero, igualmente, aquí se debe tener en cuenta que si cualquiera de los herederos del deudor muerto puede ser demandado para el pago total de la obligación indivisible, también goza él del beneficio de plazo reconocido por el artículo 1587 del Código para ponerse de acuerdo con sus coherederos y con los otros codeudores con objeto de obtener la cooperación de ellos en el pago que se le exige, a menos que se trate de obligación que solo él pueda cumplir, pues, entonces, podrá ser condenado desde luego al cumplimiento total, quedándole a salvo su acción de indemnización contra sus coherederos y los otros codeudores.

415. 3) La extinción de la obligación indivisible.—Realizada esta por cualquiera de los codeudores, la obligación se extingue respecto de los demás (art. 1588).

Tratándose de la solidaridad, según se explicó, cada uno de los acreedores puede condonar, compensar o novar la obligación, la que queda extinguida respecto de los otros acreedores por reconocerle la ley expresamente dichas facultades a aquel (art. 1570, inc. 2º). En cambio, según también quedó dicho, cuando la obligación es indivisible, cada acreedor solo tiene derecho a su parte o cuota en el crédito y carece de facultad para extinguir la obligación por modo diferente al pago. Puede recibir este en su totalidad, porque la indivisibilidad del objeto se opone al cumplimiento parcial; pero como no tiene derecho para disponer de todo el crédito, no puede extinguirlo por novación, compensación, condonación, dación en pago, etc. (art. 1589). Sin embargo, esto no es obstáculo para que tratándose ya de los codeudores, cualquiera de ellos, con el consentimiento del acreedor único, extinga la obligación por modo diferente del pago, pues a los otros codeudores solo les interesa la extinción de la obligación, con prescindencia del medio empleado para tal efecto[9].

416. 4) La interrupción de la prescripción.—Interrumpida esta respecto de uno de los codeudores de obligación indivisible, queda igualmente interrumpida respecto de los otros. Expresamente lo dispone así el artículo 1586 del Código, inspirado en un fin práctico.

417. 5) La culpa o la mora de los codeudores.—El incumplimiento o el retardo de la obligación indivisible compromete la responsabilidad del deudor o de los deudores culpables o morosos, responsabilidad que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor. Como esta obligación es diferente de la obligación primitiva, ya no se aplican a aquella las reglas de la indivisibilidad. Por esto el artículo 1590 del Código Civil dispone que es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible y que, en consecuencia, ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Pero, repetimos, no es que aquí se trate de obligación indivisible cuyo objeto se transforme en divisible, sino de otra obligación distinta sometida a régimen diferente[10].

Además, la culpa o la mora de uno de los codeudores solamente perjudica a este, quedando los demás libres de la responsabilidad consiguiente. Así, si por hecho o culpa de uno de ellos se ha hecho imposible el cumplimiento de la

[9] Fernando Vélez, ob. cit., t. vi, núm. 260, págs. 189 y 190.

[10] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 261, pág. 160.

obligación indivisible, este solo será responsable de todos los perjuicios[11]. Y si de dos codeudores de un hecho que deba ejecutarse en común, el uno está pronto a cumplirlo y el otro lo rehúsa o retarda, este solo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor (art. 1591).

Excepcionalmente, la culpa o la mora de uno de los codeudores puede afectar a los demás, lo que ocurre cuando se ha pactado cláusula penal, pues entonces el acreedor puede exigir al deudor culpable la totalidad de la pena o a cada uno de los codeudores su respectiva cuota, quedándoles a estos a salvo su recurso contra el deudor culpable. Dicha excepción está consagrada en los incisos 2º y 3º del artículo 1597, el primero de los cuales se refiere a un caso especial de indivisibilidad convencional y el segundo a la indivisibilidad natural, esto es, a la proveniente de la naturaleza del objeto de la obligación. Esta facultad para exigir la pena a todos los codeudores se funda en una interpretación de la voluntad de los contratantes que han estipulado la cláusula penal para evitar que la obligación pueda cumplirse por partes.

C. Efectos entre los acreedores y efectos entre los deudores

418. Entre los coacreedores.—Ya dijimos que en las obligaciones indivisibles cada acreedor solo tiene derecho a una parte o cuota en el crédito, sin perjuicio de que, por motivos de utilidad y conveniencia, se le faculte por la ley para exigir la totalidad del pago sin necesidad de ponerse previamente de acuerdo con sus coacreedores. De lo dicho se desprende que el acreedor que lo reciba queda obligado a pagar a los otros las cuotas que les quepan en el crédito. Por ejemplo, si se ha pactado obligación indivisible de dar diez mil pesos a dos personas, cada una de estas puede exigir al deudor que le pague todos los diez mil pesos debidos; pero, a su vez, queda obligada a cubrirle al otro acreedor la suma que le corresponda en el crédito. Esta solución no se encuentra expresamente consagrada por la ley, pero se infiere claramente de los principios que informan el régimen de las obligaciones indivisibles.

419. Entre los codeudores.—La indivisibilidad impide que la obligación sea cumplida por partes y permite que el acreedor pueda exigir la totalidad del pago a cualquiera de los codeudores. Pero no significa que uno solo de estos haya de sufrir el peso total de la obligación, porque, para los efectos de las relaciones de ellos entre sí, la obligación se divide entre todos a prorrata de sus respectivas partes o cuotas, quedando cada uno obligado a pagar la suya al deudor que haya extinguido la obligación. En varios textos el Código Civil establece que el cumplimiento de la obligación indivisible por uno de los codeudores hace nacer en su favor una acción de indemnización o de saneamiento contra los otros[12]. Es claro que el monto de esta indemnización queda sujeto a fijación

[11] C. C., art. 1590, inc. 2º, y art. 1583, ord. 3º, que resulta redundante.

[12] C. C., art. 1583, ords. 4º y 5º, y art. 1587.

judicial cuando no se encuentra determinado de antemano por los contratantes, según las reglas que ya hemos estudiado en punto de la solidaridad[13].

Los codeudores de obligación indivisible deben indemnizar al que la ha extinguido, cualquiera que haya sido el medio empleado por este para tal efecto, y no solo en el caso de pago. A los codeudores únicamente les interesa la extinción de la obligación, y ella los beneficia igualmente cuando ha tenido lugar por pago hecho por uno de los codeudores, o por otro medio cualquiera, como la compensación, la novación, la dación en pago, etc.

Por último, es de notar que el Código Civil, apartándose del sistema establecido para la solidaridad, no reconoce la acción subrogatoria al codeudor de obligación indivisible que la ha extinguido, lo que se explica cuando la indivisibilidad proviene del objeto, porque pagado este al acreedor, sería absurdo que el deudor que lo hizo se subrogara al acreedor y pudiera exigirle el mismo objeto a sus codeudores. Pero si la indivisibilidad solo proviene de la ley o de la convención, bien podría haberse establecido la subrogación, al igual que en la solidaridad. En todo caso, nuestra legislación no la establece y como la subrogación es una institución excepcional, y, por ende, de interpretación restrictiva, el deudor de obligación indivisible, en el caso contemplado solo tiene contra sus codeudores la acción de saneamiento o la de reembolso.

420. Insolvencia de uno de los codeudores.—El Código guarda silencio en este importante respecto. Nada dice, pues, acerca de si la cuota del codeudor insolvente grava o no a los otros. Pero, a pesar de este vacío, la respuesta debe ser afirmativa, por cuanto las razones existentes para la solución en materia de solidaridad militan con igual fuerza en punto de la indivisibilidad. Si la obligación es indivisible, el acreedor tiene derecho a exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los codeudores. De suerte que si uno de ellos verifica el pago y no pudiera pedir la repartición de la parte del insolvente entre todos los codeudores, a prorrata de sus cuotas, resultaría que, contrariando los dictados de la justicia, el deudor que hubiera pagado vendría a cargar él solo con la cuota del insolvente, sufriendo así gravamen superior al que le correspondía en el momento de constituir la obligación.

[13] Véase núm. 396, supra.

Capítulo VIII

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

421. Precisión.—Ordinariamente, las obligaciones son de objeto simple, vale decir, que colocan al deudor en la necesidad de dar, hacer o no hacer una sola cosa, v. gr., de dar una suma de dinero, entregar un caballo, abstenerse de abrir un establecimiento mercantil. Pero tampoco es raro el caso en que una persona esté obligada para con otra a dar, hacer o no hacer varias cosas. Es necesario, entonces, determinar si se trata de obligaciones distintas o de una sola obligación con objeto múltiple.

Algunos piensan que siempre que en un mismo contrato se pacten varias prestaciones, en forma tal que el deudor no se libere sino cumpliéndolas todas, existe una obligación única con pluralidad de objetos, denominada por aquellos obligación conjuntiva[1]. Nosotros no aceptamos la existencia de esta especie de obligaciones con objeto plural, porque consideramos que en la referida hipótesis hay varias obligaciones distintas, aunque provenientes de una misma fuente: el contrato. Verdad que, entonces, el deudor no se libera mientras no haya cumplido todas las prestaciones prometidas, pero esto se explica suficientemente por la unidad de la fuente, sin que sea necesario buscar una pretendida unidad de obligación: basta decir que el deudor no cumple el contrato mientras no pague todas sus obligaciones. La pluralidad de vínculos obligatorios en la hipótesis contemplada se pone de manifiesto cuando hay pluralidad de acreedores o de deudores, y los objetos de las obligaciones son unos divisibles y otros indivisibles. Por ejemplo, A y B se obligan en un contrato a dar mil pesos a C y a entregarle un caballo en arrendamiento. La obligación a dinero se gobierna por las reglas de las obligaciones divisibles: C solo puede exigir quinientos pesos a A y quinientos a B; por el contrario, la obligación de entregar el caballo se rige por las normas propias de las obligaciones indivisibles: C puede exigirle la entrega del caballo a A o a B. Esta diferencia de régimen está demostrando que se trata de obligaciones distintas, aunque estas provengan de un solo contrato.

Tampoco es obligación de objeto plural la que tiene por finalidad varias cosas que, estando separadas entre sí, formen un conjunto destinado a un mismo fin, por ejemplo, un hato, una biblioteca, un rebaño, una colección de arte, etc. Estos conjuntos de cosas, denominados universalidades de hecho (universitates

[1] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núms. 183 y ss., págs. 123 y ss.; Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. ii, núm. 410, págs. 386 y ss.

rerum distantium), jurídicamente se miran como un objeto único para ciertos efectos, como para el cumplimiento de una obligación de dar o de entregar, y por consiguiente, dicha obligación es de objeto simple y no de objeto plural.

Por último, en la obligación facultativa solo hay un objeto debido, sin perjuicio de que aquella puede extinguirse mediante el pago de otro o de otros. Luego, en último análisis, no hay más obligaciones de objeto plural que las alternativas.

I. Obligaciones alternativas

422. Concepto.—Obligación alternativa es aquella que tiene por objeto varias prestaciones, de manera que la ejecución de una de ellas exonere al deudor de la ejecución de las otras. La definición que trae el artículo 1556 del Código sugiere la idea de que la obligación alternativa ha de versar siempre sobre "cosas". Mas esto no es así: puede tener por objeto varios hechos, varias daciones o varias abstenciones, y hasta una combinación de unos y otras. Así, es alternativa la obligación en cuya virtud una persona debe dar a otra un caballo o permitirle el uso de una casa durante cierto tiempo. Lo que caracteriza la obligación alternativa es el tener dos o más objetos debidos y el extinguirse mediante el pago de uno solo de ellos; varias prestaciones figuran in obligatione, pero solamente una entra in solutione[2].

423. A quién corresponde la elección.—La regla general al respecto es la de que el deudor tenga el derecho de elegir la prestación cuya ejecución ha de solucionar la obligación. Sin embargo, este derecho corresponde al acreedor en dos hipótesis: a) cuando así se ha pactado en el contrato (art. 1557), y b) cuando el deudor no elija dentro de los cinco días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el cual se librará en forma alternativa[3].

424. Efectos de las obligaciones alternativas.—1º) La ilicitud de uno de los objetos no acarrea la nulidad de la obligación alternativa, porque esta subsiste válidamente mientras cumpla el requisito de tener un objeto lícito (art. 1560). Pero, claro está, la obligación únicamente vale en lo referente a su objeto u objetos lícitos. Además, esta solución no es de recibo cuando se configura una causa ilícita del acto jurídico, como cuando aparece que la prestación lícita se endereza a evitar o a propiciar la ejecución de la ilícita: o darás muerte a fulano, o me pagarás mil pesos. Por el contrario, no se encuentra motivo de invalidez y tiene cabida la solución propuesta en la siguiente estipulación: o me darás

[2] Louis Josserand, Cours de droit civil, t. II, núm. 745.

[3] C. de P. C., art. 496.

tal bien actualmente embargado, o me pagarás mil pesos; porque aquí lo que se pretende es que el deudor gestione el desembargo del bien.

2º) El acreedor puede demandar cualquiera de los objetos debidos cuando le corresponda elegir. No así cuando este derecho pertenece al deudor, pues en este caso "deberá pedirse en la demanda que el mandamiento ejecutivo se libre en la forma alternativa que el título o la ley establece, manifestándose cuál prefiere el ejecutante. El juez, en el mandamiento ejecutivo, ordenará al ejecutado que dentro de los cinco días siguientes a su notificación, cumpla la obligación que elija; si no cumpliere ninguna de ellas, el proceso continuará por la obligación escogida por el ejecutante" (C. de P. C., art. 496).

3º) La elección verificada por quien tenga derecho a ella produce efecto retroactivo, en forma tal que se supone ficticiamente que la obligación siempre ha sido simple: que desde el momento de su nacimiento no ha tenido más objeto que el elegido.

4º) Transformada la obligación alternativa en obligación de objeto simple mediante la elección, se gobierna por las reglas propias de esta clase de obligaciones y, en consecuencia, el deudor se libera pagando la prestación elegida. Además, debe pagar íntegramente dicha prestación y no puede obligar al acreedor a recibir parte de ella y parte de otra, conforme a lo dispuesto por el artículo 1557, que es aplicación especial del inciso 2º del artículo 1627 y del artículo 1649, los que, en conjunto, prohíben al deudor pagar cosa alguna diferente de la debida sin el consentimiento del acreedor, aun a pretexto de ser de igual o mayor valor, como también pagar por partes la cosa debida, reglas que igualmente se predican respecto del acreedor, quien tampoco puede exigirle al deudor cosa distinta de la debida ni el pago por partes.

5º) La obligación que el deudor tiene de conservar las cosas debidas se concreta en la que él elija para el pago, cuando este derecho le corresponda, sin que, por tanto, se le pueda deducir responsabilidad alguna por la pérdida o deterioro de las otras cosas que han entrado en la obligación alternativa. En cambio, correspondiendo la elección al acreedor, el deudor tendrá que conservar todas las cosas debidas, a fin de salvar su responsabilidad en caso de que aquel elija para el pago precisamente la cosa perdida o deteriorada (art. 1559). En punto del riesgo de las cosas debidas, el Código Civil trae reglamentación minuciosa en sus artículos 1560 y 1561, que son aplicación de las reglas generales y que no requieren comentario.

II. Obligaciones facultativas

425. Concepto.—Obligación facultativa es aquella que tiene por objeto una prestación determinada, pero concediéndosele al deudor la facultad de liberarse mediante el pago de dicha prestación o de otra que se designa. También al definir la obligación facultativa en su artículo 1562, el Código sugiere la idea de que esta ha de versar necesariamente sobre "cosas", cuando en verdad los

objetos de la obligación pueden ser hechos, abstenciones o daciones, y hasta combinaciones de unos y otras. Por ejemplo, si A se obliga a dar un caballo a B, reservándose la facultad de pagar construyendo una casa, o dando mil pesos, o dejando de hacer un negocio, la obligación es facultativa.

Esta especie de obligaciones se caracteriza por tener un solo objeto debido, pues el otro u otros objetos que el deudor puede pagar en lugar de aquel no entran en la obligación, sino que apenas constituyen medios de liberación. En la obligación alternativa se deben todos los objetos que la integran, pero esta se extingue mediante el pago de uno de ellos. En la facultativa, el deudor únicamente debe un objeto, pero tiene la facultad de pagar con otro que no es debido. Esta diferencia se suele expresar diciendo que en la obligación alternativa existen dos o más objetos in obligatione y uno solo in solutione, al paso que en la obligación facultativa existe un solo objeto in obligatione y otro u otros in facultate solutionis.

426. Efectos de las obligaciones facultativas.—1º) La ilicitud del objeto debido vicia de nulidad la obligación facultativa. No así la ilicitud del objeto o de los objetos que el deudor tiene facultad de pagar en lugar de aquel, pues como estos no entran en la obligación, mal pueden contaminarla con sus vicios y defectos. Sin embargo, cabe aquí repetir lo que ya se dijo a propósito de las obligaciones alternativas: si del acto aparece que las partes persiguen o propician una finalidad ilícita, este es nulo y excluye la solución propuesta: me pagarás mil pesos, pero podrás liberarte dándole muerte a fulano. En cambio, es válido estipular: me pagarás mil pesos, pero podrás liberarte dándome un bien actualmente embargado.

2º) En la obligación facultativa, el acreedor solamente puede demandar la prestación a que el deudor es directamente obligado, porque el pago con los otros objetos apenas es potestativo de este (art. 1563).

3º) La obligación facultativa se extingue cuando perece el objeto debido, según las reglas generales de que el artículo 1563 del Código es aplicación concreta. La pérdida del objeto secundario en nada afecta la obligación, aunque, como sobra decirlo, extingue la posibilidad de que el deudor se libere pagando dicho objeto.

427. Prevalencia de la obligación alternativa sobre la facultativa.—El artículo 1564 del Código dispone que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa. Este texto legal hace excepción al principio general consagrado en el artículo 1624 ibídem, conforme al cual las estipulaciones dudosas se deben interpretar en favor del deudor. De no existir el artículo primeramente mencionado, en caso de duda la obligación se debería tener por facultativa, ya que esta es más favorable para el deudor por tener un solo objeto debido, mientras que en la obligación alternativa todos sus objetos se deben por igual.

Capítulo IX

OBLIGACIONES DE DAR Y DE ENTREGAR

I. El criterio de la clasificación

428. Concepto y precisiones.—Según quedó enunciado al relacionar las principales clasificaciones de las obligaciones, las de dar y las de entregar pertenecen a la categoría de las obligaciones positivas, en cuanto unas y otras implican la realización o prestación de un hecho de tal índole: la dación o la entrega de cosas corporales.

Sin embargo, las obligaciones de dar merecen clasificación especial, ya que ellas implican en el léxico jurídico la idea de una mutación del derecho de dominio sobre las cosas a que se refieren: bien sea porque se trate de la transferencia de este derecho, pleno o desmembrado, o de la propiedad fiduciaria; o bien porque dichas obligaciones se enderecen a la desmembración misma del dominio mediante la segregación del uso o del usufructo de la nuda propiedad, o a la constitución de fideicomiso sobre esas cosas. Por el contrario, la simple obligación de entregar, según lo indica el uso corriente de esta denominación, mira al solo traspaso material de una o más cosas de manos del deudor a las del acreedor, sin que por ello se modifique el derecho de dominio sobre ellas, cual sucede con la entrega que el arrendador debe hacerle al arrendatario y, viceversa, con la restitución a cargo de este último a la expiración del contrato de arrendamiento.

De lo expuesto resulta que si bien es cierto que las obligaciones de dar normalmente se cumplen mediante la entrega material de las cosas que constituyen su objeto, tal entrega comprende en esta clase de obligaciones la intención específica que las partes abrigan al hacerla: la de producir mutación en el dominio de dichas cosas. Así, la dación es un acto complejo que consta, en principio, de dos elementos: la entrega de cosa (corpus) y el ánimo recíproco de enajenarla y de adquirirla (animus) que lo diferencia de la simple entrega. Por ello, a dicho acto complejo se le reserva en el lenguaje jurídico un nombre propio: la tradición (art. 740).

Más aún: hasta puede ocurrir que la tradición y sus efectos sobre el derecho de dominio en las cosas tradidas obren con prescindencia de la entrega material de estas, lo que permite distinguir todavía mejor las obligaciones de dar y las de entregar. Tal sucede cuando la tradición se cumple mediante una de las formas simbólicas o fictas que la ley contempla (arts. 754 y 756). Así,

el vendedor de un bien inmueble cumple su obligación de darlo cuando se efectúa la inscripción del contrato de compraventa en el competente registro de instrumentos públicos (art. 756); a partir de tal momento el comprador se hace dueño del bien, pero si el vendedor todavía lo retiene, queda pendiente y a su cargo la obligación de entregarlo materialmente (arts. 1605, 1849, 1880, etc.), lo que demuestra que esta obligación de entregar es distinta de la de dar, pese a que nuestro Código algunas veces emplee propiamente las voces tradición y entrega como si fuesen sinónimas.

II. Requisitos especiales de las obligaciones de dar y de entregar

429. Enumeración.—Dentro de la preceptiva legal tocante al objeto de los actos jurídicos, el Código Civil establece ciertos requisitos que se refieren concretamente a los actos que versan sobre la dación o la entrega de cosas, a saber: a) estas cosas deben existir a lo menos potencialmente; b) han de estar determinadas, y c) han de ser comerciables.

430. a) La existencia potencial de las cosas.—Así como "no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan..." (art. 1518), las obligaciones de dar o las de entregar, cualquiera que sea su fuente, pueden formarse válidamente cuando esas cosas que constituyen su objeto, aunque no existan hoy, sí pueden existir en el futuro. Tales son las llamadas cosas futuras (rei speratae), como las sementeras por cosechar, el parto de un semoviente preñado, las mercaderías por fabricar, etc. Las necesidades del comercio exigen el reconocimiento legal de las obligaciones y de los actos que recaigan sobre estas cosas futuras y tal ha sido la práctica inveterada que consagra el citado artículo 1518, corroborado por el 1869 que declara: "La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte". Contiene este último texto la clásica distinción de los jurisconsultos romanos entre la venta de cosas futuras (emptio rei speratae), cuyo concepto venimos de indicar, y la venta de la esperanza (emptio spei), en la cual el objeto de la obligación del vendedor, el que las partes entienden negociar, es solo una expectativa incierta que puede realizarse o no, como cuando se venden los peces o las aves que aquel pudiere coger en un día. Esta distinción indica, en general, la diferencia entre la obligación que tiene por objeto la mera suerte o esperanza (spes, aleas) y la que versa sobre cosas futuras (rei speratae). La primera es pura y simple: la esperanza existe desde que se contrae la obligación. En cambio, la segunda es condicional, pues su perfeccionamiento y su exigibilidad penden de un hecho futuro e incierto: la existencia real de los frutos de la sementera, de la cría

del semoviente, de las mercaderías aún no fabricadas. De suerte que si esta condición falla, si llega a ser cierto que las cosas prometidas nunca habrán de existir (art. 1539), se reputa que la respectiva obligación tampoco ha existido jamás y, según la solución adoptada por el citado artículo 1869, aplicable en general a todos los actos sobre cosas futuras, dicho efecto se predica respecto de la totalidad de las prestaciones que el acto genera, salvo estipulación en contrario o que de este aparezca que solo se negoció la suerte[1].

De lo ya expuesto resulta, en suma, que el requisito de que aquí se trata en punto de las obligaciones de dar o de entregar y de los actos jurídicos relativos a ellas, no consiste en la existencia actual de esas cosas, sino en la posibilidad de su existencia futura. Así, si tales cosas existen o es de esperar que lleguen a existir en el futuro conforme a las leyes de la naturaleza, la respectiva obligación se forma válidamente, a lo menos como obligación condicional cuando su objeto apenas es posible. Y viceversa, si la cosa materia de la obligación ya ha perecido o si nunca podrá existir por ser contraria a las leyes naturales, como los seres míticos, esta imposibilidad absoluta referente al objeto de la obligación de dar o de entregar impide ab initio la formación del vínculo obligatorio, o lo destruye si alguna vez pudo formarse (ad imposibilium nulla obligatio est).

431. b) La determinación de las cosas.—La prestación o prestaciones que son objeto de un acto jurídico o de una obligación deben estar concebidas en forma suficientemente clara para que cada quien sepa qué es lo que puede exigir o qué sacrificios debe realizar en razón de aquel. No sucedería lo dicho si en un acto se pactara la obligación de dar o de entregar "cualquier cosa", porque una estipulación semejante destruiría del todo el vínculo jurídico (nihil stipulatus videtur), ya que permitiría la liberación del deudor con el pago de algo que podría no tener valor alguno ni interés para el acreedor. De esto se colige que es indispensable en las obligaciones de dar o de entregar cosas, que estas se encuentren claramente determinadas en cuanto a su naturaleza y a su cantidad. Así lo quiere en forma expresa el artículo 1518 del Código Civil: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, por lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla...". (Se subraya).

432. La determinación de la naturaleza de las cosas.—Filosófica y jurídicamente esta determinación admite gradaciones diversas que van desde la perfecta singularización de las cosas hasta su sola indicación genérica. Surge de aquí la importante clasificación de las obligaciones de especie o cuerpo

[1] Luis Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 856, págs. 253 y ss.

cierto y las obligaciones de género. Las primeras versan sobre una cosa singularizada en tal forma que no se pueda confundir con otra u otras de la misma clase, como cuando el deudor promete entregar el caballo Rocinante o dar el solar comprendido dentro de linderos ciertos. En las segundas la determinación de las cosas se verifica por el género a que estas pertenecen, como cuando el deudor se obliga a entregar un caballo, o tres toros, o cien cargas de trigo, pero sin señalar cuáles.

Esta clasificación de las obligaciones, que está consagrada por la ley colombiana y que obedece a indiscutibles razones de utilidad práctica, no permite que se establezca una forma única para la determinación de las cosas que son materia de los actos jurídicos y de las obligaciones, que sería la de singularizar esas cosas con la máxima exactitud, esto es, como especies o cuerpos ciertos. De ahí que el citado artículo 1518 se limite a exigir que ellas estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. Pero es de advertir que, aun cuando el acto solamente produzca obligaciones de género, el objeto de estas no puede ser vago o dudoso. De suerte que la expresión género, empleada por el texto legal, debe ser siempre entendida en el sentido filosófico de género próximo. De no ser así, podría ocurrir que no fuera posible conocer el contenido de la obligación ni estimar su valor económico. Por ejemplo, si en tratándose de la compraventa de un caballo solo se hablara de "un animal" o de "un mamífero", el objeto quedaría indeterminado a pesar de que el caballo efectivamente pertenece al género animal y al más próximo de los mamíferos, a lo que se agrega que el vendedor podría liberarse de su obligación entregándole al acreedor cualquier animal o cualquier mamífero, v. gr., un gato.

En síntesis, la determinación de las cosas en obligaciones de dar o de entregar especies o cuerpos ciertos se debe hacer singularizando aquellas, en forma tal que no se confundan con otras de la misma clase; y si las obligaciones son de género, tal determinación se cumple con la indicación del género más próximo a que las cosas pertenezcan[2].

Desde luego, esta forma mínima requerida por la ley para la determinación genérica de las cosas no se opone a que, dentro de la clase más próxima a que ellas pertenecen, los interesados, sin singularizarlas como cuerpos ciertos, sí introduzcan mayores precisiones, como cuando la compraventa versa sobre tres de los toros reproductores que forman parte de la ganadería del vendedor, o sobre cien hectáreas planas para tomar de cierta finca, o sobre veinte cargas de trigo del almacenado en tal granero. Estas precisiones, que determinan todavía más las cosas y limitan el género de que se han de tomar (genus limitatum), están expresamente contempladas por la ley y de ellas se derivan consecuencias jurídicas que adelante puntualizaremos.

433. La determinación de la cantidad de las cosas.—Visto está que también la requiere el mencionado artículo 1518, al expresar: "... La cantidad

[2] Claro Solar, ob. cit., t. xi, núm. 858, págs. 258 y ss.

puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla...". Como se observa, este precepto no se ha escrito para las obligaciones de especie o cuerpo cierto, porque la singularización precisa delas cosas en tales obligaciones implica naturalmente la determinación cuantitativa de aquellas. Así, en la compraventa del caballo Rocinante no es necesario detenerse en explicaciones acerca del número de caballos vendidos. Por el contrario, la determinación cuantitativa cobra señalada importancia respecto de las obligaciones de género. Si lo vendido es trigo, vino u otras cosas no singularizadas, es además absolutamente indispensable fijar su cantidad: cien cargas de trigo, diez botellas de vino, tres caballos, etc. De otra suerte, sería imposible precisar el contenido del vínculo obligatorio y el deudor podría liberarse con una prestación irrisoria o sin interés alguno para el acreedor. En los ejemplos propuestos, aquel podría entregar un grano de trigo o una gota de vino.

Ahora bien, la cantidad de las cosas en las obligaciones de género se puede determinar mediante un guarismo o en forma equivalente: cien cargas de trigo, diez botellas de vino. Pero, según lo autoriza el dicho artículo 1518, basta que el acto fije reglas o contenga datos suficientes para determinar esa cantidad. Así, queda debidamente fijada para los efectos legales la cantidad de forraje vendido, cuando se dice que este tiene como destinación alimentar un caballo durante una semana, porque entonces, si la cantidad es "incierta", se puede "determinar" calculando cuánto forraje necesita el caballo durante una semana.

434. c) La comerciabilidad de las cosas.—Las obligaciones de dar y de entregar han de versar también sobre cosas comerciables, según exigencia expresa del mismo artículo 1518, complementado por el artículo 1521, ibídem, que declara que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que están fuera del comercio.

Ahora bien, ni los aludidos textos ni otro alguno del Código definen el concepto de las cosas incomerciables. Sin embargo, este es un lugar común en la doctrina inveterada. Según esta, tales cosas son las que, por su naturaleza o por disposición de la ley, no pueden constituir objeto de derechos privados o de actos jurídicos. Así, las cosas comunes a todos los hombres, como el aire y el alta mar, están fuera del comercio, porque su naturaleza repugna la posesión y apropiación de ellas por una sola persona o por un grupo de personas y, por consiguiente, repugna asimismo todas las negociaciones que versen sobre ellas. Son cosas que naturalmente deben beneficiar a todos los hombres y no a alguno o algunos en particular. Pero también hay otras cosas que, siendo naturalmente apropiables, son colocadas fuera del comercio en virtud de ciertas disposiciones legales que de ordinario se inspiran en razones de interés general. Así, por ejemplo, los llamados "bienes de uso público", como las calles, plazas, puentes y caminos, son cosas que están fuera del comercio en virtud de la destinación especial que las leyes les han dado (art. 674). Y pertenecen a esta misma categoría de las cosas incomerciables, aunque nuestro Código parezca

no considerarlo así, por defecto de método, los llamados derechos personalísimos, las cosas embargadas por decreto judicial, el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, etc. Decimos que el Código aparenta considerar que las especies mencionadas pertenecen a categorías distintas a la de las cosas que están fuera del comercio, porque equivocadamente las relaciona en forma separada en el citado artículo 1521 y en otros.

Importa tener en cuenta que las cosas que están fuera del comercio, no por su naturaleza, sino por disposición legal, sí pueden llegar a constituir objeto lícito en ciertos actos y obligaciones y que, por consiguiente, su incomerciabilidad no es absoluta, sino meramente relativa. Así, un particular puede obtener permiso para construir obras en un bien de uso público (art. 679), y este permiso es lícito, a pesar de que el bien no pueda ser enajenado mientras no se cambie su destinación legal; las cosas embargadas por decreto judicial también pueden ser enajenadas con la autorización del juez que conoce del litigio o si el acreedor embargante consiente en ello (art. 1521, ord. 3º).

Capítulo X

OBLIGACIONES DE ESPECIE Y DE GÉNERO

435. Concepto.—Ya quedó este suficientemente expuesto en el capítulo anterior, donde se trató del requisito legal concerniente a la determinación de las cosas objeto de las obligaciones de dar o de entregar. Díjose allí que dichas cosas, al encontrarse singularizadas en forma tal que no puedan confundirse con otras de la misma clase, como tal caballo o el solar comprendido dentro de linderos ciertos, dan lugar a que las respectivas obligaciones sean de especie o cuerpo cierto. Y se agregó que la ley, atendiendo a obvias necesidades del comercio, ha tenido que admitir al lado de estas otra clase que se denomina de las obligaciones de género, por cuanto en ellas las cosas solamente se determinan por su género más próximo y su cantidad, como un caballo, cien cargas de trigo, o, si los interesados así lo quieren, restringiendo aún más dicho género próximo, como cuando se negocia sobre uno de los caballos reproductores de propiedad del vendedor o sobre cien de las cargas del trigo que este tiene almacenadas en su granero.

436. Efectos de las obligaciones de especie.—La singularización de las cosas que son objeto de esta clase de obligaciones apareja consecuencias de importancia, a saber:

a) El acreedor solamente puede exigirle al deudor la precisa especie que es objeto de la obligación y, a la inversa, el deudor no puede pretender liberarse pagándole al acreedor cosa distinta, ni aun con el pretexto de ser esta de igual o mayor valor que la debida (art. 1627).

b) Si la dación o entrega de la especie es absolutamente imposible desde la celebración misma del acto o contrato, como sucede cuando dicha especie nunca ha existido ni se espera que exista o cuando ya ha perecido, la respectiva obligación es ineficaz (art. 1518), sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle al deudor por la pérdida de la cosa. Lo propio ocurre cuando la especie está fuera del comercio, por su naturaleza o por disposición absoluta de la ley. En tales condiciones la obligación es ilícita o moralmente imposible, lo que apareja su nulidad (arts. 1518, 1521, 1741).

c) Si la dación o entrega de la especie se hace imposible después de formada válidamente la obligación, como cuando dicha especie perece o la ley la sustrae del comercio, la obligación se extingue, también sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el deudor por la pérdida de la cosa.

d) La obligación de dar o de entregar especie o cuerpo cierto comprende la de cuidar de este, so pena de pagar al acreedor los perjuicios que sufra por los deterioros o por la pérdida de la cosa, imputables al deudor, y aun por el caso fortuito de que este deba responder (arts. 1605, 1606, 1607, etc.).

437. Efectos de las obligaciones de género.—Como, a diferencia de las de especie o cuerpo cierto, en estas otras obligaciones "se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (C. C., art. 1565), síguense estas otras consecuencias:

a) El acreedor no puede pedir de manera determinada ningún individuo y el deudor se libera entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1566). En la obligación de género, al contrario de lo que sucede en la de especie o cuerpo cierto, no se debe un individuo singularizado, sino uno o más de los comprendidos en la clase o género próximo, o en el género limitado que se señale. Por tanto, el acreedor no puede pretender que se le pague con la especie que él elija, cual si se tratase de una obligación alternativa y a él le correspondiese la elección, sino que debe conformarse con que el deudor le entregue el individuo o individuos que correspondan a la naturaleza y a la cantidad debidas. Pero esta facultad del deudor tampoco es arbitraria, comoquiera que está restringida, en primer lugar, por el postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos y de las obligaciones que le impone a dicho deudor, si no la necesidad de pagar con lo mejor, sí la de guardar el justo medio entre el interés del acreedor y el suyo propio, es decir, la de elegir para el pago cosas "de una calidad a lo menos mediana"; así, a quien debe un caballo no puede aceptársele que le ofrezca al acreedor uno que adolezca de notable defecto, como vejez, cojera o ceguera. En segundo lugar, puede ocurrir que por el acto jurídico se limite aún más el género próximo de lo debido (genus limitatum), como cuando el caballo debe ser tomado de la caballeriza del deudor, o una porción de tierra de la finca de este, o cuando la elección se le deja al acreedor, como si el testador le lega a este uno de sus caballos que él escoja.

b) En las obligaciones de género, la posibilidad y la comerciabilidad de las cosas, requeridas por la ley, se predican del género de que se trate. Así, no puede formarse obligación de dar o de entregar individuos de un género imaginario, como el de los hipocentauros, o ya extinguido, como el de los dinosaurios, o de un género limitado que ya ha perecido totalmente, como el trigo que el deudor almacenaba en su granero incendiado. Y es inválida la obligación contraída sobre géneros que la ley haya colocado fuera del comercio, como ciertas sustancias cuyo uso se considere perjudicial para la salud humana.

c) Lo últimamente dicho es aplicable en el caso de que la obligación de género se haya formado válidamente; pero la dación o entrega de las cosas debidas se hace imposible por la extinción o la pérdida sobreviniente del género de que se trate, como la muerte de todos los caballos del deudor, siendo uno de

estos el que sirviese para el pago, a elección de dicho deudor o del acreedor, o por la prohibición legal sobreviniente de comerciar con el referido género.

d) En las obligaciones de género, a lo menos en principio, el deudor no tiene el deber de conservación que sí le compete a quien contrae una obligación de especie o cuerpo cierto, pues, como en aquellas el individuo o individuos solo se determinan en el momento del pago, y, de ordinario, a elección del deudor (in facultate solutionis); mientras existan cosas del género debido, este no está obligado a conservar ninguna de ellas, aunque las tenga, sino a proporcionárselas al acreedor oportunamente en la calidad y cantidad adecuadas. Tal es la regla general que consagra el artículo 1567 del Código Civil: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe". Traduce este texto el aforismo clásico: los géneros no perecen (genera non perunt), que no significa la imposibilidad natural, ya contradicha por la historia, de que desaparezcan todas las cosas pertenecientes a un género, como ha ocurrido con ciertas especies zoológicas, sino que se refiere al efecto jurídico que venimos comentando: mientras subsistan individuos del género debido, el deudor no se libera de su obligación por la pérdida culpable o fortuita de algunos de ellos, como todos los que tuviera en su poder al contratar, ya que en tal caso aún puede cumplir dicha obligación proporcionándose para el efecto otros individuos de mediana calidad y entregándoselos al acreedor.

e) Excepcionalmente puede ocurrir que el deudor de cosas de género tenga también la obligación de conservar algunas de ellas. Tal sucede cuando el género próximo se limita por el acto jurídico (genus limitatum), como cuando el deudor se obliga a dar uno de los caballos reproductores que existen en su caballeriza. En tal circunstancia, sus facultades dispositivas y su irresponsabilidad por los deterioros o pérdidas que de manera general trata el artículo 1567, quedan restringidas. Así, en nuestro ejemplo, el deudor debe conservar a lo menos uno de sus caballos reproductores, pues si los enajena todos o los deja perecer o deteriorarse todos, incurre en responsabilidad. Más aún, este efecto de las obligaciones de género agrava en mayor medida el deber de conservación a cargo del deudor cuando, dentro del género limitado, se le deja al acreedor la facultad de elección, porque en tal caso la obligación asume además la calidad de alternativa con las consecuencias que esta apareja. Siguiendo el ejemplo propuesto, todos los caballos reproductores del deudor entran in obligatione y este debe conservarlos, so pena de incurrir en responsabilidad por la pérdida o el deterioro del que el acreedor elija para el pago.

Capítulo XI

OBLIGACIONES DE DINERO

I. Generalidades

438. Concepto.—Son estas las que tienen por objeto la dación o entrega de una suma de dinero, como la que tiene el comprador de pagarle el precio al vendedor y la que tiene el mutuario o el depositario de restituir los dineros prestados o depositados.

439. Efectos especiales.—Cobra importancia esta clase de obligaciones, por dos aspectos especiales: por el de las especies monetarias que deben emplearse para el pago y por el régimen de los intereses que el deudor debe pagarle al acreedor.

II. Las especies monetarias para el pago

440. El régimen vigente.—No es del caso historiar en este punto las vicisitudes que ha sufrido la política monetaria de Colombia, al igual que la de otros países de América y de Europa, especialmente a partir de la primera guerra mundial y de la crisis económica que esta precipitó al finalizar la tercera década del siglo xx.

Al tiempo de la expedición del Código Civil en Chile y al de su adopción en Colombia regía el sistema del libre cambio monetario, y así los particulares podían estipular sus obligaciones de dinero en cualquier clase de moneda. En tales circunstancias regía el artículo 2224 de dicho Código, ubicado en el tratado del mutuo, pero pertinente a todas las obligaciones de la clase mencionada, a cuyo tenor: "Si se ha prestado dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. Podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren. Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria".

Hoy, la moneda nacional de curso forzoso y de poder liberatorio ilimitado es el billete emitido por el Banco de la República, supuestamente es represen-

tativo de moneda oro, pues en realidad es una moneda fiduciaria, garantizada por el Estado y respaldada en forma parcial por un encaje en oro y en divisas extranjeras, sobre todo en dólares de Estados Unidos de América. Además, el comercio del oro está prohibido a los particulares y restringido al Banco de la República, como también lo estaba, hasta hace muy poco tiempo, el de las divisas extranjeras, que solo podían ser objeto de negociaciones en los casos expresamente autorizados por el sistema del control de cambios.

Por tanto, hoy día la reglamentación legal del pago de las obligaciones de dinero no es la del artículo 2224 del Código Civil, sino la del 874 del Código de Comercio, que preceptúa: "Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando esta no se halle en circulación al tiempo del pago.

"Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago".

III. El régimen de los intereses

441. El concepto de los intereses.—El dinero, aunque esté representado por moneda fiduciaria, esto es, respaldada en todo o en parte por la fe del Estado, es también en sí mismo un bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales, ya a cambio de otros bienes, ya al facilitárselo alguien a otro para obtener como contraprestación el pago de un rédito o interés.

Teniendo en cuenta la preindicada naturaleza del dinero, su función en el intercambio comercial y la facilidad de su inversión, el legislador reconoce, en general, su rentabilidad o aptitud para producir intereses que así constituyen los frutos civiles del dinero (art. 717); y, además, establece al respecto una serie de regulaciones que miran a varios fines, tales como el de sancionar el incumplimiento de las obligaciones de dinero, el de prefijar el monto de los intereses a falta de estipulación convencional y, de otro lado, siguiendo una tradición legislativa inspirada en el propósito de combatir la usura, a mantener las estipulaciones al respecto dentro de límites que se consideran razonables y justos.

442. La clasificación de los intereses.—Distingue el Código Civil tres clases de estos: los convencionales que, como su nombre lo indica, son los que las partes estipulan contractualmente; los corrientes, que son los usuales, es decir, los que normalmente se cobran en cierto mercado; y los legales, cuya tasa fija expresamente el Código en 6% anual.

Además, en razón del régimen pertinente, cabe también distinguir entre los intereses remuneratorios, que son los que devenga un crédito de capital mientras el deudor no está obligado a restituirlo, generalmente mientras dicho deudor está legitimado para mantenerlo en su poder, v. gr., durante el plazo del mutuo o del concedido al comprador para el pago del precio; y los moratorios, que son los que dicho deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar ese capital.

A. Los intereses convencionales

443. Restricciones a la libre estipulación.—En ejercicio de su autonomía de voluntad, los contratantes pueden señalar la tasa de los intereses, tanto de los remuneratorios como de los moratorios. Sin embargo, esta libertad contractual está sujeta a varias restricciones impuestas por la ley, a saber:

444. 1ª) Estipulación de intereses en el mutuo.—En el mutuo no es lícito pactar intereses remuneratorios o moratorios que excedan del máximo autorizado por la ley en la época del contrato.

Con ocasión de la séptima edición de la obra, tuvimos la oportunidad de corregir un error en el que habíamos incurrido, consistente en que en las pasadas ediciones, se sostuvo que en materia civil el interés remuneratorio convencional no puede exceder del interés corriente, cuando en realidad el máximo que la ley permite estipular es el interés corriente más la mitad.

En efecto, el artículo 2231 de nuestro Código Civil dispone: "El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor". Así las cosas y por lo que respecta al interés convencional remuneratorio, hay que distinguir en este precepto dos claras disposiciones: la primera, que es lícito estipular como interés remuneratorio una tasa que no exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención; y, la segunda, una sanción consistente en que si viola tal límite, a solicitud del deudor, el juez reducirá el interés remuneratorio ilícito a la tasa del interés corriente. Y por lo que respecta al interés moratorio convencional, el artículo 1601, ibidem, preceptúa que en el mutuo "se podrá rebajar la pena en lo que exceda al maximum del interés que es permitido estipular", maximum que está fijado por el comentado artículo 2231, y que es aplicable a los intereses tanto remuneratorios como moratorios, toda vez que la norma se refiere escuetamente al interés convencional.

Con otras palabras, en materia civil, existe un único tope o límite para las partes, en cuanto al interés remuneratorio como moratorio (el interés corriente más una mitad); consistiendo la diferencia en la sanción prevista en el Código Civil que es, a saber: si el interés remuneratorio excede de una mitad al que se

probare ser el interés corriente, será reducido por el juez a petición del deudor al interés corriente; y si el interés moratorio estipulado por las partes excede en una mitad al interés corriente, será reducido por el juez, a petición de parte, al maximum del interés que es permitido estipular, es decir, al interés corriente más una mitad.

Así, en materia civil, por ejemplo, si el interés corriente es 19.80% efectivo anual (res. 155 de 2004 de la Superintendencia Bancaria), el convencional remuneratorio no puede ser superior a 29.70% efectivo anual, ni el moratorio puede ser superior a dicho 29.70% efectivo anual. Es este uno de los contados casos en que nuestra deficiente legislación al respecto reconoce la lesión enorme como vicio de los actos jurídicos, aquí sancionada con el reajuste judicial de los intereses convencionales excesivos a solicitud del deudor, a saber: con la reducción de los remuneratorios a la tasa del interés corriente (arts. 2231 y 2466), y de los moratorios, a la misma tasa más la mitad (art. 1601). De suerte que si se estipulan intereses remuneratorios del 35% efectivo anual y moratorios del 40% efectivo anual, al establecerse que los corrientes al tiempo del contrato eran, tal como actualmente lo tiene certificado la Superintendencia Bancaria y en nuestro ejemplo, del 19.80% efectivo anual, el reajuste judicial de los intereses remuneratorios convencionales debe hacerse hasta concurrencia de estos últimos, es decir, de 35% efectivo anual a 19.80% efectivo anual, y el de los moratorios convencionales de 40% efectivo anual a 29.70% efectivo anual, por ser el interés corriente más la mitad del máximo que la ley permite estipular.

Y, además de la reseñada sanción consistente en el reajuste judicial de los intereses que superen los límites establecidos por la ley, hay que tener en cuenta también lo que ha dispuesto la ley 45 de 1990, sobre reforma financiera, la cual en su artículo 72 estatuye: "Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que en exceso de los límites legales haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual, a título de sanción".

Por consiguiente, debemos entender que el reajuste judicial procede respecto de los intereses estipulados con violación de los límites máximos fijados por la ley, pero todavía no cancelados; al paso que la sanción consistente en la pérdida de los intereses cobrados en exceso de los topes legales, cuya devolución puede ser solicitada inmediatamente por el deudor, más una suma igual a dicho exceso, a título de sanción, operaría respecto de aquellos que se hayan pagado con violación de los topes legales. El procedimiento a seguir, para el reajuste y para la pérdida de los intereses, de conformidad con el numeral 8 del párrafo 2º del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil y con el parágrafo del artículo 435, ibidem, es el verbal de mayor y menor cuantía, regulado por el

capítulo I del título XXXIII del libro tercero de la misma obra, o el verbal sumario, de que trata el capítulo II de tal título, dependiendo de la cuantía.

445. 2ª) La intervención del Estado.—Por decreto-ley 2206 de 1963, se organizó la junta monetaria y, entre sus funciones, se le asignaron la de "señalar las tasas máximas de interés o descuento que los establecimientos bancarios pueden cobrar a su clientela sobre todas sus operaciones activas ... las instituciones de crédito que cobraren tasas de interés en exceso de los máximos fijados por la junta monetaria, estarán sujetas a las sanciones que establezca la junta en forma general para estos casos" (art. 6º, c). Tiénese, pues, que el ejercicio de las precitadas autorizaciones conferidas actualmente a la junta directiva del Banco de la República, implica una intervención en los convenios sobre intereses en el crédito bancario (Const. Pol., arts. 372 y 51 T.). Últimamente esta autoridad monetaria no ha hecho uso de sus atribuciones en materia de los convenios sobre intereses en el crédito bancario, sino que los ha dejado fluctuar según la ley de la oferta y la demanda, obviamente que dentro de las limitaciones a que haremos referencia al tratar de los intereses comerciales en general.

También se registran en Colombia límites administrativos a la estipulación de intereses en los contratos de venta al detal de bienes muebles o de prestación de servicios mediante el sistema de plazos o instalamentos; pero como en el caso anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio viene remitiéndose ya largo tiempo a las tasas máximas permitidas por la ley; en efecto, de conformidad con el numeral 3.1 de su circular externa 10 de 2001: "En los contratos de venta al detal de bienes muebles o de prestación de servicios mediante el sistema de plazos o instalamentos, los comerciantes podrán señalar libremente las tasas de interés que cobrarán a sus clientes, dentro de los límites establecidos por la ley para las operaciones mercantiles. En los porcentajes señalados se entienden incluidos los gastos por concepto de estudio de crédito y los costos de administración. De igual forma podrán señalarse libremente las tasas de interés aplicables a los contratos de préstamo al consumidos sometidos a la condición de la adquisición o prestación de bienes o servicios, mediante el sistema de financiación y para las operaciones financiadas mediante el sistema de tarjetas de crédito emitidas directamente por entidades no financieras".

446. 3ª) El anatocismo.—Prohíbe también la ley el anatocismo, que consiste en el pacto de intereses de intereses, es decir, de interés compuesto, por cuanto dicha estipulación se mira como usuraria y gravemente lesiva para el deudor. El Código Civil, en la regla 3ª del artículo 1617, declara que "los intereses atrasados no producen intereses", y en el artículo 2235, pertinente al mutuo, agrega: "Se prohíbe estipular intereses de intereses".

Los precitados textos legales han suscitado discusión entre los intérpretes. Según unos, el anatocismo solo estaría prohibido en el mutuo civil, conforme

a la norma categórica del artículo 2235, mas no así en contratos de otra índole, pues la regla del artículo 1617 no tendría otro alcance que el de declarar que los intereses atrasados no producen intereses de pleno derecho, pero sin perjuicio de que sí puedan ser pactados, salvo expresa prohibición respecto del mutuo civil. Otros sostienen, por el contrario, y nosotros estamos de acuerdo con ellos, que la mencionada regla 3ª del artículo 1617, complementada por la 4ª, ibídem, que también descarta los intereses de toda clase de rentas, cánones y pensiones periódicas, no solamente está indicando que los frutos civiles, en general, no producen otros frutos, sino que además proscribe el pacto en contrario, esto es, el anatocismo, considerado secularmente como una de las manifestaciones más graves de la usura; y que el artículo 2235, inserto en el tratado del mutuo, es una aplicación concreta del mismo principio.

Los antecedentes del Código Civil revelan el pensamiento de su autor, inspirado en la tradición moralizadora adversa al anatocismo. En los proyectos de 1841 y 1846, el artículo correspondiente a nuestro 1617 establecía que los intereses no producen intereses, aunque se hubieran estipulado, y nada decía respecto del mutuo. La prohibición era, por tanto, de alcance general. En el proyecto de 1853, se pretendió moderar este criterio restrictivo, permitiendo el anatocismo respecto de intereses debidos durante diez años, según se disponía tanto en el texto general inserto entre los efectos de las obligaciones, como en otro pertinente al mutuo. Pero en el proyecto inédito se regresó al estricto criterio tradicional; en el que es hoy nuestro artículo 1617 se dijo, como este lo afirma, que "los intereses atrasados no producen intereses", regla aplicable, a "toda clase de rentas, cánones y pensiones periódicas", y se guardó silencio respecto del mutuo; esto, por ser inoficiosa y redundante una reproducción concreta de este precepto general, que fue lo que no entendió el legislador chileno al insertar en el tratado de dicho contrato la prohibición contenida en el que es nuestro artículo 2235. En conclusión, superando las contradicciones que la sola exégesis de los textos legales en comento parece ofrecer y atendiendo a la finalidad moralizadora que ha determinado su establecimiento, cual es la de proscribir una modalidad usuraria altamente peligrosa para los deudores, estimamos nosotros que las reglas 3ª y 4ª del artículo 1617 del Código Civil prohíben el anatocismo, no solo en el campo del mutuo civil, sino también en todos los otros contratos en que se estipulen frutos de frutos civiles.

B. Los intereses corrientes

447. Su autorización legal.—Solo hay lugar a esta clase de intereses cuando la ley, en defecto de estipulación contractual al respecto, autorice su cobro (art. 1617, 1ª). Así, en materia civil pueden citarse como ejemplos: el del mandatario, quien debe al mandante los intereses corrientes de los dineros que aquel haya empleado en utilidad propia, o del saldo que de las cuentas resulte en su contra desde que fue constituido en mora (art. 2182); el del man-

dante, quien debe, a su vez, al mandatario los intereses corrientes de los préstamos o de las anticipaciones que este le hubiere hecho, sin estipulación de otros intereses (arts. 2171 y 2184, 4ª); el del tutor o curador, quien deberá pagarle a su pupilo los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra desde el día en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla (art. 513), y, a la inversa, aquel podrá cobrarle dichos intereses al pupilo sobre el saldo que resulte a su favor desde el día en que, cerrada su cuenta, los pida (art. 513), o sobre las anticipaciones que le hubiere hecho a dicho pupilo con la autorización de los otros guardadores generales de este, si los hubiere, o del juez en subsidio (art. 499).

448. La prueba del interés corriente.—Es esta una cuestión que atañe a la determinación de la tasa del que debe pagar el deudor cuando la ley autoriza el cobro del interés corriente remuneratorio o moratorio, tema en que ahora nos ocupamos, como también toca con la reducción del interés convencional lesivo en el mutuo y en la anticresis, ya que el interés corriente al tiempo del convenio ha de tomarse como índice para tal efecto.

Así, el artículo 67 de la ley 45 de 1990, modificatorio del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, establece el modo de probar judicialmente el interés corriente, en estos precisos términos: "Prueba de los intereses. El interés bancario corriente se probará con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria. Cuando se trate de operaciones sujetas a regulaciones legales de carácter especial, la tasa de interés se probará mediante copia auténtica del auto que la fije o autorice".

Nótese, comparando esta norma legal con el antiguo texto del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, cómo las nociones de interés e interés bancario corriente han terminado por unificarse. Las razones de esta simplificación las explica la Superintendencia Bancaria, en los siguientes términos: "El concepto de interés corriente hace relación al precio que se cobra por el dinero en una plaza y durante un tiempo determinado. A su vez, entre no comerciantes tiende a igualarse con el que cobran los comerciantes en sus distintas operaciones, pues quien posee un capital procura colocarlo en las mejores condiciones del mercado y estas son las que generalmente se pactan en las operaciones mercantiles. Esto justifica que el cobro de los intereses en una plaza, aun entre no comerciantes, haga depender el costo del dinero en la plaza del interés promedio que cobran los establecimientos bancarios; por ello la forma de probar el interés bancario corriente es la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria".

Corresponde a esta entidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 191 del Código de Procedimiento Civil y 884 del Estatuto Mercantil, certificar el interés corriente. En ejercicio de esta función este organismo simplemente certifica el interés corriente en el país, para lo cual acude a los informes que le suministren los establecimientos bancarios, dado el papel de

líder de estos intermediarios en la determinación inmediata de la tasa de interés; esta información se analiza "mediante técnicas adecuadas de ponderación de los promedios de las tasas en función de la participación que cada una de las operaciones activas de crédito tiene en el conjunto de las que realiza el sistema bancario" (oficio 1-812 de 1987, tomado de la obra Régimen financiero y cambiario, publicación de Legis Editores, S. A.). Por consiguiente y en todo ámbito del derecho privado, las expresiones "interés corriente" e "interés bancario corriente" deben tenerse actual y definitivamente como sinónimas, por ser uno mismo su contenido y alcance.

Y por lo que respecta a la forma como la Superintendencia Bancaria, ha venido certificando el interés bancario corriente, en términos de interés efectivo anual, con el preciso objeto de que la práctica financiera hoy ampliamente generalizada del cobro anticipado de los intereses no desemboque en una burla de las normas que se proponen contenerlos dentro de determinados límites, debe tenerse presente que con la expedición de la ley de reforma financiera esta manera de proceder ha adquirido piso legal (ley 45 de 1990, art. 66), quedando así definitivamente superada esta laguna de que se resentía la normatividad sobre los límites máximos a la estipulación de intereses convencionales remuneratorios o moratorios.

Con notorio desatino, este sí, el artículo 19 de la ley 794 de 2003, otra vez modificó el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, versión del artículo 67 de la ley 45 de 1990. Dispone el aludido artículo 19 de la ley 794 de 2003: "Notoriedad de los indicadores económicos. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios". Esta norma, que sigue los pasos del artículo 98 del decreto 2150 de 1995, en su esmero por facilitar y hasta relevar a las partes de la prueba del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, no cayó en cuenta de que la dicha certificación es de todas maneras indispensable para la fijación del indicador económico interés bancario corriente, así dicha certificación sea considerada como un hecho notorio, relevado de su prueba en juicio. Afortunadamente en este sentido se conserva vigente el inciso final del artículo 884 del Código de Comercio, versión de la ley 510 de 1999, artículo 111, a términos del cual: "Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

C. Los intereses legales

449. Concepto y crítica.—A imitación de una ley francesa de 1807, sucesivamente reformada por otras, nuestro Código Civil incurrió en el error de establecer un interés legal cuya tasa fijó en el 6% anual (arts. 1617 y 2232). Esta tasa rige a falta de estipulación convencional o de expresa autorización del interés corriente, en la mora de las obligaciones a dinero (art. 1617); en general, en la indemnización del lucro cesante (art. 1613); en las prestaciones mutuas (arts. 964, 1746), etc.

Al decir de algunos, este señalamiento legal sería ventajoso para el acreedor quien, al cobrar dicho interés, no tiene que probar haber sufrido perjuicio por la mora del deudor, pues ese perjuicio se presume habida cuenta de la facilidad de invertir el dinero, como tampoco tiene que acreditar la tasa, señalada por la ley[1].

En nuestro sentir, dicha determinación es inconveniente y ocasiona injusticias. La ley es, por naturaleza, estática, porque está llamada a regir indefinidamente; por el contrario, el juego económico es dinámico y variable al compás de condiciones y circunstancias permanentes o transitorias y aun repentinas. De esta suerte, el mercado de capitales sufre y ha sufrido fluctuaciones considerables, sobre todo a partir de las repercusiones de la primera guerra mundial y del desequilibrio en el desarrollo de los países. Natural es, pues, que las previsiones legislativas del pasado siglo, como la que contiene nuestro Código Civil al fijar el interés legal en un 6% anual, con el correr de los años se tornen contrarias a la realidad económica y de paso injustas frente a los intereses en juego, agregándose a esto la dificultad y lentitud que implican las reformas legislativas, principalmente cuando estas atañen a los preceptos generales codificados. Para muestra, la actual situación en nuestro medio; al paso que el Código Civil considera equitativa la tasa de interés del 6% anual, visto está que la Superintendencia Bancaria tiene certificado el interés corriente bancario en el 19.80% efectivo anual (res. 155 de 2004). Resulta, entonces, que el interés legal del 6% se ha tornado irrisorio, que pugna con la realidad y que, lejos de beneficiar al acreedor, como lo piensan sus defensores, es fuente de iniquidad para este y desorbitado privilegio para los deudores, quienes así están cohonestados por la propia ley para demorar el pago de sus obligaciones aplicando la máxima quitardius solvit minus solvit, escrita por los juristas como una censura y no como una gabela para esos deudores morosos.

La conclusión que fluye de estos comentarios es que se debe abolir el interés legal y reducir el régimen general en la materia, en primer lugar, al reconocimiento de los intereses convencionales remuneratorios y moratorios, con las limitaciones que imponga la lucha contra la usura, y, en segundo lugar, al establecimiento de los intereses corrientes como remuneración ordinaria extraconvencional de toda obligación de dinero. Este interés corriente o bancario corriente, términos estos que como lo hemos apuntado ya, deben tomarse generalmente en el derecho colombiano como sinónimos, cuya certificación le corresponde a la Superintendencia Bancaria, tomando como base "la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimiento bancarios, analizando las tasas de las operaciones activas de crédito mediante técnicas adecuadas de ponderación" (ley 45 de 1990, art. 66), sustituiría, ventajosamente, al anacrónico y caprichoso interés legal.

[1] Planiol y Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. II, núm. 268, pág. 105.

450. Los intereses moratorios legales.—Precisado el concepto de conformidad con las precedentes explicaciones, se tiene que estos son los que corren a cargo del deudor, a título de indemnización de perjuicios, desde el momento en que se constituye en mora de pagar una obligación de dinero, y cuya tasa está prefijada por la ley.

Preceptúa el artículo 1617 del Código Civil "si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes...".

De suerte que, conforme a este texto, el interés legal solamente obra para los efectos de la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de las obligaciones de dinero, cuando las partes no han fijado un interés convencional moratorio o uno remuneratorio superior al legal y, además, la ley no haya autorizado para el caso el cobro de intereses corrientes. Por ejemplo, si en un asunto civil no se han pactado intereses moratorios, se ha estipulado un interés remuneratorio del 3% anual y no hay autorización especial para cobrar intereses corrientes, el interés moratorio es el legal del 6% anual fijado por el Código Civil. Con otras palabras, el orden de prelación en el pago de los intereses moratorios establecido por el citado artículo 1617 es, a saber: el interés moratorio convencional, el interés remuneratorio convencional superior al legal, el interés corriente especialmente autorizado y, en último término, el interés legal.

D. Referencia a la normatividad comercial

451. Las normas comerciales sobre intereses.—Comencemos por precisar que nuestro Código de Comercio solo autoriza el cobro del interés remuneratorio corriente, cuando las partes han guardado silencio al respecto, en algunas pocas operaciones, tales como los suministros o ventas al fiado (art. 885), el saldo de cuenta corriente (art. 1251), el mutuo (art. 1163), y el sobregiro en cuenta corriente bancaria (art. 1388, hoy derogado y sustituido por el art. 70 de la ley 45 de 1990).

Por el contrario y por lo que respecta a los intereses moratorios, existe una autorización legal y general para su cobro, tratándose de obligaciones mercantiles de carácter dinerario y "en caso de mora a partir de ella" (art. 65 de la ley 45 de 1990, sustitutivo del art. 883 del C. de Co., el cual fue expresamente derogado por la mencionada ley 45 de reforma financiera).

Sobre el tema de los límites legales a la estipulación de los intereses, ora remuneratorios, ora moratorios, las normas comerciales establecen lo siguiente:

El artículo 111 de la ley 510 de 1999, que vino a reemplazar al superpolémico artículo 884 del Código de Comercio, estatuye: "Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por

convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces el bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990".

Los límites a la estipulación convencional de los intereses, consagrados por el precepto legal, que acabamos de reproducir, son protegidos por disposiciones tales como las que a continuación nos permitimos transcribir:

"Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria, se tendrá como interés de mora cualquiera que sea su denominación" (ley 45 de 1990, art. 65, inc. 2º).

"Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento" (parte esta última de la disposición transcrita que tiene como sujetos particulares a las instituciones financieras) (art. 68 de la misma ley), y

"Prohíbense los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos" (texto que trata de cerrar cualquier posible brecha) (C. de Co., art. 1168).

Pasando a la consideración del anatocismo, asunto también íntimamente ligado con la materia de los límites a la estipulación convencional de los réditos del capital, observamos que continúa rigiendo el artículo 886 del Código de Comercio, en cuanto que estatuye que "los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

Por último, téngase en cuenta la norma del artículo 72 de la Ley de Reforma Financiera, que dispone: "Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios, o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción".

452. COMENTARIOS A LAS NORMAS ANTERIORES.—a) Nuestra opinión es adversa al establecimiento del interés legal, vale decir, del prefijado por la ley en una tasa inmodificable, por cuanto no consulta las fluctuaciones de la vida económica y se presta a iniquidades insalvables en las transacciones comerciales. Por ello, propugnamos su abolición y su reemplazo por un sistema que consagre el pago del interés corriente como remuneración extraconvencional de toda obligación

de dinero, sin perjuicio de la libertad contractual de pactar intereses convencionales con las limitaciones que imponga la lucha contra la usura.

b) En la redacción del Código de Comercio no se entendió la diferencia conceptual que existe entre el interés legal y el corriente, y así se creó esa figura contradictoria del interés legal corriente. Desde cuando CARLOS IX de Francia, en su edicto de 1572, estando prohibido el mutuo con interés, señaló el monto de las rentas, arbitrio utilizado para burlar la mencionada prohibición, en 81/3 (denier douze), la doctrina ha entendido que este señalamiento legal se opone o tiende a restringir el juego corriente y variable de la remuneración de los capitales. En todo caso, y pese a la mencionada confusión conceptual, la consecuencia a la que se llega es que el Código de Comercio suprimió la anacrónica institución del interés legal propiamente dicho, sustituyéndola por la del interés corriente, certificado administrativamente por la Superintendencia Bancaria en su modalidad del interés bancario corriente, conceptos estos que quedan asimilados (art. 884).

c) Si el dinero es en sí mismo un bien de fácil inversión y susceptible de producir un rendimiento, consideramos que el Código de Comercio, en vez de seguir la tradición casuística al respecto, según la cual el interés corriente solo se autoriza en contadas operaciones, debió establecer dicha autorización para todas las obligaciones de dinero provenientes de los negocios mercantiles, salvo convención en contrario.

d) Decíamos que nos extrañó sobremanera el hecho de que nuestro legislador ordinario, nuestro Congreso de la República, que expidió, mediante la ley 45 de 1990, normas de carácter tan general en materia de intereses, porque, en nuestro concepto, de ninguna manera puede interpretarse que estas normas, contenidas en el capítulo I del título III de la mencionada ley, sean de aplicación restrictiva a las operaciones de las entidades financieras, no haya aprovechado la oportunidad para enmendar el craso error de los redactores del Código de Comercio que rige desde 1972, al dictar la norma contentiva de los límites máximos o topes a la estipulación convencional de los intereses remuneratorios y moratorios, aclarando de una vez por todas, definitivamente, cuáles son dichos límites máximos o topes.

e) Consecuencia infortunada, conservó vigencia para los efectos de que venimos tratando el superpolémico artículo 884 del Código de Comercio.

f) Así las cosas, nosotros considerábamos que, pudiéndose interpretar el mencionado artículo 884 en tantos sentidos como los tiene hasta la saciedad averiguados la doctrina jurídico-mercantil, no valía la pena ni siquiera intentar extraerle un sentido que nos pareciera lógico y que viniera a sumarse a los otros muchísimos que, como dijimos, ya se le habían encontrado. Y aquí no nos quedaba más remedio que remitirnos a aquellas opiniones que por ser institucionales, como las de la Superintendencia Bancaria y de nuestra Corte Suprema de Justicia, gozaban de cierto grado de estabilidad, gracias al poder que detentan quienes las emitieron y mantuvieron, constituyéndose así en tabla

de salvación dentro del maremágnum a que nos dejó abocados el Código de Comercio en la materia.

g) Afortunadamente en la última reforma financiera, que tuvo como causa la crisis económica generalizada que está viviendo el país, sí se aprovechó la oportunidad para reformar el ininteligible artículo 884 del Código de Comercio de 1972, disponiendo nuestro legislador ordinario que (ley 510 de 1999, art. 111). El artículo 884 del Código de Comercio quedará así: "Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990.

"Se probará el interés bancario corriente con el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

Para que no se nos olvide adelante, comencemos por exponer que el inciso 2º de la norma transcrita importa una simplificación del régimen vigente y, en especial, del artículo 67 de la ley 45 de 1990, modificatorio del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, que estableció el modo de probar judicialmente el interés corriente, en estos términos: "Prueba de los intereses. El interés bancario corriente se probará con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria. Cuando se trate de operaciones sujetas a regulaciones legales de carácter especial, la tasa de interés se probará mediante copia auténtica del acto que la fije o autorice". Simplificación que nos parece acertada, por la generalidad de efectos en todo el derecho privado que produce el que se probare ser el interés bancario corriente al tiempo de la convención. Cuando se trate de operaciones sujetas a regulaciones legales de carácter especial, pues será la misma ley que las autorice la que regule lo relacionado con los intereses remuneratorios y moratorios de dichas operaciones; lo mismo que la prueba de estos aspectos.

Y pasando ahora sí a los aspectos sustanciales contenidos en el nuevo artículo 884 del Código de Comercio, anotemos que contiene una primera parte relativa a la determinación supletiva de los intereses remuneratorios y moratorios, para cuando las partes no hayan estipulado nada sobre el particular. Esta primera parte es la que en la redacción de nuestro nuevo artículo 884 dispone: "Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente"; conservándose el régimen general ya descrito y criticado, el cual consiste en autorizar solo para determinadas operaciones el cobro de intereses remuneratorios. Nosotros, reiteramos, que, siendo el dinero en sí mismo un bien de fácil inversión y susceptible de producir un rendimiento, la ley mercantil, en vez de seguir la tradición casuística al respecto, que solo autoriza el interés corriente para determinadas y excepcionales operaciones,

debió establecer dicha autorización para todas las obligaciones de dinero, salvo convención en contrario, como sí lo hace respecto de los intereses moratorios, donde generalmente, según el artículo 65 de la ley 45 de 1990, "en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella".

En consecuencia, tenemos que nuestro nuevo artículo 884 del Código de Comercio regula de la siguiente manera la causación de intereses remuneratorios y moratorios, para el caso de que las partes hayan guardado silencio sobre el particular, así: cuando las partes en un negocio mercantil no hayan estipulado nada acerca de los intereses remuneratorios, es decir, de los intereses que devenga el crédito mientras que el deudor no está obligado a restituir su importe, mientras pende el plazo y está legitimado para mantener el dinero en su poder, dicho deudor por lo general está exonerado de pagar intereses, salvo los contados casos en que el Código de Comercio autoriza, así no se haya estipulado nada acerca de intereses durante el plazo, a cobrar intereses remuneratorios (suministros o ventas al fiado, el saldo de cuenta corriente, el mutuo y el sobregiro en cuenta corriente bancaria). Pues bien, en estos contados casos el acreedor está autorizado por la nueva norma para percibir el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Y en lo tocante con los intereses moratorios, en materia mercantil, basta con que el deudor se encuentre en mora de pagar cualquier obligación emanada de un negocio comercial, para que esté obligado a reconocerle a su acreedor, así no haya ninguna estipulación sobre el punto en el contrato, el interés bancario corriente más una mitad.

Y contiene también nuestro nuevo e importante artículo 884 una segunda parte relacionada con los límites o topes que a las partes les es permitido pactar en materia de intereses, tanto remuneratorios como moratorios, siguiendo una tradición legislativa inspirada en el propósito de combatir la usura y, por tanto, a mantener las estipulaciones al respecto dentro de los límites que se consideran razonables y justos. En efecto, el vigente artículo 884 del Código de Comercio, a vuelta de fijar en forma supletiva los intereses del plazo y moratorios para cuando las partes hayan callado al respecto, estatuye que los intereses pactados por las partes "y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990". A diferencia de lo que ocurría en el antiguo artículo 884, el cual no era claro en este tema tocante con los límites a la estipulación de los intereses convencionales remuneratorios o moratorios, la nueva norma es de una claridad meridiana: en los negocios mercantiles, so pena de incurrir en las drásticas sanciones que la misma norma establece, no es lícito pactar intereses remuneratorios que sobrepasen el interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria; ni tampoco es legal convenir intereses moratorios que excedan del interés corriente más la mitad. Así, en materia comercial, por ejemplo, si el interés corriente es del 19.80% efectivo anual (res. 155 de 2004 de la Superintendencia Bancaria), el convencional remuneratorio no puede ser

superior a dicho 19.80% efectivo anual, ni el moratorio puede ser superior a 29.70% efectivo anual. Si se sobrepasan esos límites, el acreedor incurre en las drásticas sanciones que el mismo artículo 884 establece; y que son en nuestro concepto, dos a saber: la primera, que el acreedor perderá todos los intereses; y la segunda, que esta fulminante sanción es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990. Esto quiere decir que armonizando, como debe ser para todos los efectos interpretativos, la sanción que decreta el artículo 884 (el acreedor perderá todos los intereses) con la sanción establecida por el artículo 72 de la ley 45 de 1990, según el cual el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso y aumentados en un monto igual, tenemos entonces que incluir que si en un negocio mercantil se convienen o pactan intereses remuneratorios por encima del tope legal del interés bancario corriente; o intereses moratorios que superen a una y media veces del bancario corriente, el acreedor como lo fulmina el artículo 884 perderá todos los intereses, y esto sin distingo alguno, sea que ya se hayan causado o no, sea que causados estén pendientes de pago o que ya se hayan percibido. Si no se han causado o están pendientes, el acreedor nada puede reclamar al deudor por concepto de intereses; y si ya se han causado y percibido por el acreedor, pues que el acreedor debe devolverlos.

Pero, además, este artículo que estamos estrenando remite al artículo 72 de la ley 45 de 1990, recordemos que esta última norma dispone que "cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, mas una suma igual al exceso, a título de sanción". Esta sanción es muy diferente de la que dispone la segunda parte del artículo 884 (el acreedor perderá todos los intereses). Si recordamos que las normas sancionatorias son de interpretación estricta, aquí el acreedor no está obligado sino a restituir el duplo de los intereses cobrados en exceso de los límites legales, cuando ya los haya cobrado o percibido.

Recordemos que el procedimiento a seguir, de conformidad con el numeral 8 del parágrafo 2º del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil y con el parágrafo 2º del artículo 435, ibídem, es el verbal de mayor y menor cuantía, regulado por el capítulo I del título XXXIII del libro tercero de la misma obra, o el verbal sumario, de que trata el capítulo II de tal título, dependiendo de la cuantía.

PARTE QUINTA

LA TRASLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

453. Precisión.—El léxico común emplea generalmente las voces transmisión y sucesión para designar el desplazamiento de derechos u obligaciones de una persona a otra por causa de la muerte de la primera, en tanto que reserva la de transferencia para significar que tal traspaso se realiza por acto entre vivos. Por consiguiente, para evitar equívocos conviene usar una expresión distinta de las antedichas para denotar el fenómeno genérico, es decir, el tránsito subjetivo del vínculo obligatorio, bien sea por su aspecto activo (crédito), o bien por el pasivo (deuda), y cualquiera que sea la causa de dicho tránsito. Así, el epígrafe que hemos elegido para esta parte del curso y que acoge el término traslación abarca dicho fenómeno en su integridad.

I. La transmisión de las obligaciones

454. Historia.—La primitiva concepción romana del vínculo obligatorio determinó durante largo tiempo su intransmisibilidad, principalmente por su aspecto pasivo. Considerada la obligación como un nexo material entre el acreedor y el obligatus, en que la persona de este se miraba como el objeto del derecho de aquel, bien pudo parecer excesivo que los efectos que aparejaba el incumplimiento de la deuda, tales como la esclavitud, el mutilamiento, la venta y hasta la muerte del deudor, pudieran transmitirse a sus familiares o a otras personas. Sin embargo, aun antes que culminara la evolución de la idea del nexo material entre los sujetos de la obligación hacia el concepto abstracto del vínculo que desplazaba los poderes del acreedor hacia el patrimonio del deudor, comenzó a estructurarse en dicho sistema la ficción jurídica, conforme a la cual la personalidad del difunto se perpetuaba en sus herederos, quienes así venían a convertirse en continuadores de aquel y en titulares de su patrimonio integrado por todos los derechos reales y crediticios relictos y por todas las obligaciones a cargo del difunto (universitas defuncti).

455. La transmisión a título universal.—La construcción jurídica romana últimamente aludida se ha conservado en el derecho occidental moderno, y así, en nuestra legislación civil y en sus modelos, la muerte de una persona no determina la desintegración de su patrimonio, sino que este se transmite a los herederos de aquella, a quienes se les vincula por medio de un derecho sui generis, el derecho real de herencia, que no recae particularmente sobre cada uno de los bienes y obligaciones relictos, sino sobre todo el conjunto de estos, universalidad jurídica en que cada heredero participa en proporción a su cuota hereditaria.

456. La transmisión a título singular.—Admite también nuestro ordenamiento civil, siguiendo igualmente la tradición latina, la transmisibilidad singular de un vínculo obligatorio, mediante disposición testamentaria en que el difunto le legue a una persona su respectivo derecho crediticio o le imponga a este legatario o a cualquiera de los herederos el pago de cierta deuda. En el primero de tales casos, el legatario del crédito lo adquiere a título singular, como un bien determinado, a diferencia del heredero, quien, según se dijo, solo tiene un derecho sobre la universalidad jurídica de que ese crédito formaría parte de no haber sido asignado en particular por el testador. En el segundo caso, es decir, en el de la asignación de la deuda a un legatario o a determinado heredero, la transmisión de ella también se opera a título singular; es un gravamen especial para el asignatario, y frente al acreedor equivale a la constitución de un deudor delegado, a quien dicho acreedor puede aceptar, a menos que prefiera perseguir la satisfacción de su crédito contra la herencia o universalidad patrimonial del difunto, radicada en todos los herederos en proporción a las cuotas de estos en aquella.

Dentro de estos lineamientos generales, cuyo estudio pormenorizado y el de sus aplicaciones corresponde al tratado de las sucesiones por causa de muerte, solo nos interesa exponer aquí que en nuestro ordenamiento sí se ofrece la transmisión o traslación subjetiva de los vínculos obligatorios por causa de muerte, tanto por su aspecto activo (crédito) como por el pasivo (deuda), y que tal transmisión es a título universal cuando el llamamiento legal o testamentario a suceder al difunto se refiere a todo su patrimonio o a una cuota de este, sin especificación de los bienes y deudas que lo componen, y que dicha transmisión es a título singular cuando el causante le ha legado un crédito determinado a una persona o cuando le ha impuesto a alguno de sus herederos o legatarios el pago de una deuda igualmente determinada.

457. Excepciones a la transmisión.—Importa advertir en este punto, aunque sin entrar en detalles, que el precitado régimen general de la transmisión del vínculo obligatorio sufre excepción cuando el crédito o la deuda existen en cuanto a la persona del acreedor o del deudor (intuitu personae), respectivamente. Así, los derechos crediticios personalísimos son intransmisibles; no pasan a los herederos del acreedor ni pueden ser legados por este, v. gr., el de pedir alimentos (art. 424), y, en general, los que por su naturaleza o por estipulación expresa aparezcan haberle sido otorgados para sí y no para otras personas. Y en el propio orden de ideas, por lo común son intransmisibles las obligaciones de hacer cuando, por su naturaleza o por pacto, solo deba cumplirlas el deudor mismo, v. gr., cuando se toman en cuenta sus calidades o talentos particulares, como las obligaciones profesionales del médico, del abogado y las del mandatario o del artífice, etc.

II. La transferencia de las obligaciones

458. Sumario.—Según quedó enunciado, la expresión transferencia se emplea usualmente para denotar el traspaso de derechos u obligaciones de unas

personas a otras por acto entre vivos. Por tanto, en el presente apartado trataremos: a) de la cesión de créditos, con referencia al pago con subrogación; b) de la cesión de deudas, y c) de la enajenación de las universalidades.

A. La cesión de créditos

459. Concepto.—Se da esta figura cuando el acreedor, mediante un contrato, traspasa su derecho crediticio a otra persona que entra a ocupar su lugar en el vínculo obligatorio.

460. Historia.—La primitiva concepción romana de la obligación como un vínculo que ataba materialmente la persona misma del deudor (obligatus) a su acreedor y el espíritu conservador que animó la evolución del sistema, también impidieron que en este se llegara al reconocimiento explícito de la cesión de créditos, hoy considerada como una institución de gran utilidad práctica en el tráfico comercial. Sin embargo, esta utilidad de la transferencia de los créditos no pasó del todo inadvertida para los jurisconsultos romanos, quienes entonces resolvieron realizarla, como era usual entre ellos, mediante expedientes indirectos. Así, en primer término, idearon la novación por cambio del acreedor, que consistía en un convenio entre el acreedor y el deudor ordinarios y un tercero, por virtud del cual se extinguía la obligación entre los dos primeros y se creaba una obligación nueva, objetivamente igual a la extinguida, entre el tercero, acreedor y sustituto, y el deudor. Pero este primer paso tenía el inconveniente de extinguir la obligación primitiva con todos sus accesorios y garantías, lo que ocasionaba problemas en las relaciones entre las partes. Por consiguiente, se introdujo la procuratio in rem suam que le permitía al mandatario judicial ejercer las acciones del acreedor contra el deudor, sin obligación de rendirle cuentas a dicho acreedor. Mas este segundo expediente también resultaba engorroso, porque para que diera los resultados propuestos se requería que el procurador demandara al deudor y que entre ellos se trabara la litiscontestatio.

El derecho imperial sustituyó el requisito de la litiscontestatio por el de la sola notificación del mandato al deudor, a partir de la cual este únicamente podía liberarse pagándole su obligación a dicho mandatario. Y, finalmente, se permitió la cesión por el acreedor, no del crédito, sino de la acción útil que tenía para hacerlo valer, también con el requisito de la notificación de esta cesión indirecta al deudor.

Los intérpretes del derecho romano, sobre todo los glosadores, rechazaron, así mismo, la cesión de los créditos, con el pomposo argumento de que estos no pueden separarse de su dueño, como tampoco lo puede el alma del cuerpo (non posunt separari a domino sicut nec anima a corpore).

Ha correspondido, pues, al derecho moderno aceptar sin tapujos la cesión contractual de los créditos, como lo hace nuestro Código Civil.

461. La cesión de créditos en el Código Civil.—Corresponde a la teoría de los contratos estudiar en todos sus aspectos la cesión de créditos, lo que trasciende nuestro tema, el cual se limita a verificar que en nuestro ordenamiento positivo sí es factible la transferencia de las obligaciones por su aspecto activo, mediante un contrato, es decir, por acto entre vivos. Dentro de este ámbito preciso conviene resaltar los siguientes lineamientos legales.

a) A diferencia de su modelo francés, que concibe la cesión de créditos como una modalidad del contrato de compraventa, nuestro Código tipifica dicha cesión de créditos como una figura contractual independiente que puede estar mezclada a otras, como la compraventa, la permuta, la donación, el aporte social, etc., lo que determina que, además de las regulaciones propias de la cesión, al conjunto del acto también le sean aplicables las reglas pertinentes a estas otras figuras contractuales.

b) El contrato de cesión de créditos no produce efectos simultáneos, sino escalonados, respecto de las partes y respecto de los terceros, entre los cuales se cuenta el deudor, que también es un tercero frente a la convención entre el cedente y el cesionario.

Conforme al artículo 33 de la ley 57 de 1887, que subrogó el 1959 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1961, la cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título, con la nota de traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente, o si el título no existe, otorgándose uno por el cedente al cesionario. Cumplidos estos requisitos, que, en nuestro sentir, son ad substantiam actus y no simples actos de cumplimiento de una convención consensual, se produce la transferencia del crédito entre el cedente y el cesionario, con todos sus accesorios, tales las fianzas, privilegios e hipotecas (art. 1964).

Pero, siguiendo la tradición romana, para que la precitada cesión perfeccionada entre el cedente y el cesionario sea oponible a los terceros, vale decir, a quienes no han participado en tal contrato, entre los cuales se cuenta el deudor cedido, la ley requiere la notificación por el cesionario a dicho deudor, o la aceptación por este (art. 1960). Como es obvio, esta aceptación presupone que se notifique la cesión al deudor, de donde resulta que el verdadero requisito legal es, esta notificación y no aquella aceptación que, aun faltando, no obsta al perfeccionamiento de la cesión ni a su oponibilidad a los terceros. Por el contrario, faltando la notificación al deudor, que tiene por objeto hacerle saber quién es el nuevo titular de la obligación a su cargo, es válido el pago hecho al cedente, a lo que se agrega, ya sin mayor razón justificativa, que la cesión también es inoponible a los terceros distintos del deudor, v. gr., a los acreedores del cedente, quienes pueden embargarle el crédito ya cedido, y lo que es todavía menos justificable, la cesión no notificada al deudor se reputa inexistente frente a los terceros que podrían aprovecharse de ella, por ejemplo, los acreedores del cesionario (art. 1963).

Estas breves críticas conducen a calificar el requisito de la notificación al deudor y su incidencia sobre los efectos de la cesión de créditos como un rezago del derecho romano. A esta conclusión ya se había llegado al momento de redactarse el Código de Bello. Las legislaciones mercantiles habían reglamentado la transferencia de los efectos de comercio, hoy llamados títulos-valores, como las letras de cambio, los pagarés, etc., prescindiendo del obsoleto requisito de la notificación al deudor y dotando de plena eficacia la negociación del título nominativo, mediante su endoso y entrega, o mediante la sola entrega al cesionario del título al portador.

El artículo 1966 del Código Civil preceptúa que las disposiciones sobre cesión de créditos no se aplican a los incorporados en documentos de las especies últimamente mencionadas, y cuya negociación se rige por los procedimientos más ágiles y modernos de la legislación mercantil, cuando lo que se debió hacer era adoptar estos procedimientos para la cesión de los créditos civiles.

462. Referencia al pago con subrogación.—Al estudiar los modos de extinción de las obligaciones trataremos con amplitud esta importante figura. Por el momento solo interesa registrar su existencia, que implica una especie distinta del contrato de cesión de créditos y que produce efectos análogos a los de este, principalmente en lo que atañe a la transferencia de las obligaciones por su aspecto activo.

Según habremos de verlo en la aludida oportunidad, el pago con subrogación constituye excepción al principio general de que aquel es el modo normal de extinguir las obligaciones, de disolver en su totalidad y erga omnes el vínculo que une al deudor y al acreedor. Cuando en los casos taxativamente señalados por la ley el pago se hace por ciertas personas, generalmente interesadas en la solución de la deuda o en prestarle ayuda al deudor, se opera la subrogación legal de dichas personas al acreedor; el vínculo no se extingue, sino que cambia de acreedor, quedando trabado entre el solvens subrogado y el deudor. Y lo propio sucede cuando entre el acreedor y el solvens se estipula que el pago produzca la subrogación de este en el crédito, caso en el cual la subrogación es convencional y se asemeja, pero sin identificarse con él, al contrato de cesión de créditos.

B. La cesión de deudas

463. Concepto.—Al paso que la cesión de créditos y el pago con subrogación producen la transferencia del derecho crediticio del acreedor cedente o satisfecho al cesionario o al solvens subrogado, respectivamente, la traslación de deudas por acto entre vivos consiste, de admitirse, en que el deudor pueda, mediante una convención en que participe o no el acreedor, liberarse de su deuda trasladándose a un tercero que venga a ocupar su lugar.

464. Historia.—Si bien el derecho romano, aún imbuido por el concepto de la personalidad del vínculo obligatorio, llegó a admitir la transmisión de créditos y deudas por causa de muerte y a reconocer, aunque por procedimientos indirectos, la eficacia de las convenciones enderezadas a transferir los derechos crediticios, dicho sistema se negó categóricamente a modificar el referido principio de la personalidad del vínculo obligatorio, rechazando la cesión de la deuda. Así, para que el deudor pudiera liberarse sin que el acreedor perdiera su crédito, el único procedimiento idóneo aceptado fue el de la delegación novatoria, que consistía en una convención entre el deudor (delegante) y otra persona (delegado), en cuya virtud esta asumía la obligación de pagar la deuda, convención en la que también era indispensable el consentimiento del acreedor (delegatario). Pero esta convención novatoria no constituía un modo propiamente dicho de traspasar la deuda, sino que la obligación novada se extinguía en su totalidad y era reemplazada por otra obligación enteramente nueva, con todos los inconvenientes y consecuencias de tal fenómeno, en especial en lo que atañía a los accesorios y garantías de la obligación extinguida.

El derecho occidental latino se ha ceñido a la tradición romana al respecto y así ha proscrito, por principio, la cesión de deudas y solamente ha conservado el procedimiento de la delegación novatoria con el consentimiento del acreedor, y con la consiguiente liberación del deudor primitivo. El argumento capital que se ha aducido en pro de esta actitud se ha hecho consistir en la idea de que la transferencia de créditos es admisible porque la situación del deudor no se modifica por el cambio de acreedor; pero no así la transferencia de deudas, porque la personalidad del deudor, su solvencia, su buena reputación comercial, etc., sí son factores determinantes de la confianza que el acreedor deposita en él al concederle crédito, que es lo que esta expresión denota (del latín credere: creer).

Así, en los códigos civiles francés y colombiano, fuera de la delegación novatoria que, reiteramos, no es un modo de transferir deudas, sino que lo es de extinguir la obligación de que forma parte una deuda para sustituirla por una obligación nueva a cargo del deudor delegado, no se acepta la cesión de deudas. Tampoco constituye un modo de transferir las deudas la llamada delegación imperfecta, consagrada por nuestro Código Civil y que consiste en que una persona distinta del deudor asuma la obligación de pagarle al acreedor, pero sin que este consienta en cambiar y liberar a su deudor primitivo. Bien pueden convenir el deudor y un tercero en que este pague la deuda al acreedor, como si en un contrato de compraventa el comprador se obliga a pagarle el precio a un acreedor del vendedor. En tal caso, se ofrece una estipulación para otro (art. 1506) que faculta al acreedor para aceptarla o no; si lo primero, puede exigirle el pago al comprador delegado; si lo segundo, puede perseguir al vendedor, quien es su deudor primitivo mientras expresamente no consienta en darlo por libre. En suma: la delegación imperfecta o la asunción de la deuda por un ter-

cero, no transfiere dicha deuda, esto es, que no produce un cambio del deudor primitivo, sino que viene a agregar un deudor adicional que el acreedor puede aceptar o no[1].

En otras legislaciones más modernas que la nuestra, como la suiza y la alemana, se ha admitido la cesión de deudas, mediante una convención entre el deudor y un tercero que las asuma, aunque se ha conservado la lógica y natural aquiescencia del acreedor, para quien no es indiferente la personalidad del deudor. El mérito de esta innovación, llamada a imponerse, radica en la mejora que introduce al procedimiento novatorio tradicional, pues no se ve razón valedera alguna para que se proscriba la cesión de deudas con el consentimiento del acreedor, en forma tal que el vínculo primitivo subsista con todos sus accesorios y que, en vez de esto se exija, para poder cambiar al deudor, que se reemplace dicha obligación primitiva por otra enteramente nueva.

C. La enajenación de las universalidades

465. Distinción.—A propósito de la transferencia de los créditos y de las deudas, conviene enfocar el tema mediante la enajenación entre vivos de las llamadas universalidades, es decir, de los conjuntos de bienes de que tales créditos y obligaciones pueden formar parte.

Cabe entonces distinguir: a) si la enajenación versa sobre un patrimonio (universalidad jurídica), o b) si se trata de un conjunto de bienes determinados que, para ciertos efectos jurídicos, entre ellos, para los atinentes a su enajenación, se reputan como un solo objeto, como una unidad compleja (universalidad de hecho).

466. a) De las universalidades jurídicas.—En la concepción latina del patrimonio-personalidad, el patrimonio, constituido por todos los bienes y obligaciones, presentes y futuros, ciertos e inciertos, conocidos y desconocidos, es un atributo esencial e inseparable de toda persona o sujeto de derecho, de donde se derivan las siguientes consecuencias obligadas: 1ª) toda persona tiene un patrimonio, aunque en un momento dado carezca de derechos y obligaciones, porque puede adquirirlos en el curso de su vida; 2ª) una persona solamente puede tener un patrimonio porque, según se desprende de su definición, este es una universalidad jurídica (universitas iuris), algo así como un saco vacío que recoge todos los activos y pasivos que va adquiriendo la persona; 3ª) no puede existir un patrimonio sin titular, es decir, autónomo, porque como atributo que es de la personalidad, no puede existir sin el sujeto que le sirva de sustrato, y 4ª) una persona no puede transferirle a otra, total o parcialmente, su patrimonio como universalidad jurídica, porque esta se halla indisolublemente unida a aquella hasta su muerte.

[1] Véase núm. 681 infra.

De ahí que, ciñéndose a esta tradición latina con los corolarios que de ella se derivan, nuestro Código Civil prohíba la enajenación de todos los bienes presentes o futuros, o de unos y otros, ya se enajene el total o una cuota; pero autoriza la enajenación de todas las especies, géneros y cantidades que se determinen. Así lo hace en punto de la compraventa (art. 1867), de la permuta (arts. 1957 y 1958) y de la donación (art. 1464).

De la preceptiva legal así relacionada resulta que la transferencia de los activos patrimoniales, entre ellos los créditos, mediante la enajenación total o de cuota del patrimonio de una persona, está prohibida. Para tal efecto se requiere que dichos activos se determinen, lo que hace que su enajenación ya no sea a título universal, sino singular. Además, la autorización legal al respecto se refiere solamente a los activos, no así a los pasivos o deudas, lo que confirma la conclusión de que estas no las puede transferir el deudor por acto entre vivos.

No obstante lo dicho, sí se ofrecen en nuestro Código Civil dos casos en que se da la transferencia indirecta de deudas por la enajenación de una universalidad jurídica: la cesión de derechos hereditarios y la cesión de derechos en una sociedad conyugal disuelta.

467. La cesión de derechos hereditarios.—La muerte de una persona no produce la segregación de su patrimonio ni la transmisión singular de los activos y pasivos que lo componen, en forma tal que los herederos sucedan al causante concretamente en cada uno de los derechos y obligaciones relictos, sino que tal patrimonio subsiste como una universalidad jurídica (universitas ius defuncti) hasta que se efectúa su liquidación y tales derechos y obligaciones se adjudiquen ya en concreto a los herederos (art. 1401). Pero, como dentro de la concepción latina del patrimonio-personalidad, esa universalidad jurídica o patrimonio del difunto no puede permanecer acéfala, se ha creado un derecho real sui generis, el derecho real de herencia, mediante el cual esa universalidad jurídica patrimonial del difunto se vincula a sus herederos, quienes así representan la persona de este y la suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Ahora bien, el Código Civil autoriza la cesión del derecho real de herencia, sin especificar los efectos de que se compone (art. 1967). Desde un punto de vista estricto, tal cesión tiene por objeto un derecho concreto que se ha agregado al patrimonio del heredero, el derecho real de herencia y, por tanto, desde tal punto de vista la cesión no es a título universal, sino singular; pero como ese derecho recae sobre la universalidad patrimonial del causante, formada por todos sus derechos y obligaciones transmisibles, es claro que, en el fondo, dicha cesión sí implica una transferencia por acto entre vivos, no solamente de los derechos, sino también de las deudas del causante, transmitidos al heredero cedente.

468. La sociedad conyugal ilíquida.—Lo dicho respecto de la cesión de derechos hereditarios es pertinente a la sociedad conyugal.

La ley 28 de 1932 otorgó a cada uno de los cónyuges la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que hubiere adquirido o adquiera[2]; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro caso en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y, en consecuencia, se procederá a su liquidación (art. 1º).

Pues bien, dándose uno de esos casos determinantes de la liquidación de la sociedad conyugal, esta, que se presume existe desde la celebración del matrimonio, se ofrece como una comunidad entre los cónyuges, la que, al igual que la herencia, es una universalidad jurídica formada por todos los activos y pasivos que la componen y sobre los cuales ninguno de los cónyuges tiene una titularidad concreta, sino una participación o cuota semejante al derecho real que sobre la masa relicta tienen los herederos.

Aunque el Código Civil no haya tipificado la enajenación de esa participación o cuota en la sociedad conyugal, tampoco se ve inconveniente para que cualquiera de los cónyuges la efectúe, con lo cual esa enajenación también implica en el fondo una transferencia por acto entre vivos, no solo de la cuota de los bienes, sino igualmente de la cuota en las deudas sociales[3].

469. b) De las universalidades de hecho.—Al lado de las universalidades jurídicas (universitates iuris), la doctrina tradicional ha reconocido las universalidades de hecho (universitates rerum distantium), constituidas por un conjunto de bienes que, para ciertos fines jurídicos, v. gr., para su enajenación, se miran como una unidad objetiva, tales como un bosque, un rebaño, una biblioteca, etc.

El Código Civil alemán de 1900, bien por haber abandonado la concepción latina del patrimonio como un atributo de la personalidad, o bien por haber encontrado una aplicación más a la noción de las universalidades de hecho, punto en el cual no hay acuerdo entre sus intérpretes alemanes y extranjeros[4],

[2] La novedosa ley 258 de 1996, sobre régimen de los inmuebles destinados a vivienda familiar, comporta una limitación a la libre administración y disposición de sus bienes por los cónyuges, puesto que el art. 3º de dicha ley dispone: "Doble firma. Los inmuebles afectados a vivienda familiar solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma".

[3] Lo dicho en el texto sobre la sociedad conyugal ilíquida como formando una universalidad de derecho y sobre la enajenación de la participación del cónyuge en dicha universalidad, es aplicable también a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes regulada por la ley 54 de 1990.

[4] Cfr. Jaime Rodríguez F., Del contrato de compraventa y materias aledañas, Bogotá, Edit. Lerner, 1960, núms. 296 y ss., págs. 407 y ss.

estableció los patrimonios autónomos que no se vinculan a una persona, sino a un fin, y los patrimonios comerciales, dependientes de una persona, el empresario, pero separados del patrimonio común de este. Los mencionados patrimonios comerciales, que son aquí los de nuestro mayor interés, están constituidos por los bienes que el empresario debe destinar al registrar su empresa y con los cuales responde de las obligaciones que contraiga en el giro de esta.

Dicha concepción alemana de los patrimonios adscritos a una empresa ha sido el punto de partida para el desarrollo de la figura generalmente denominada el establecimiento de comercio, que se ha llegado a considerar en la doctrina y en varias legislaciones como una unidad económica y jurídica, inclusive en los sistemas latinos, en los que bien puede tener acogida, si no como una universalidad jurídica, sí como una aplicación importante de la noción de la universalidad de hecho, en la cual se agrupan los activos y pasivos del establecimiento, como si se tratase de un solo objeto.

Nuestro Código Civil, escrito cuando la doctrina alemana al respecto no estaba aún suficientemente elaborada, ignora la nueva figura, y nuestro Código de Comercio de la misma época y hoy derogado, apenas la registra para calificar la compra de un establecimiento de comercio como un acto mercantil (art. 20, 2). No así el Código de Comercio vigente, que incluye el establecimiento de comercio entre los bienes mercantiles, lo define, determina su contenido y regula las operaciones que le son propias.

El artículo 515 de esta obra define: "Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa...". El artículo 516 preceptúa que "salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio: 1º) la enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios; 2º) los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento; 3º) las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares; 4º) el mobiliario y las instalaciones; 5º) los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario; 6º) el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y 7º) los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento".

Como se ve, esta enumeración de los elementos del establecimiento de comercio no solamente comprende los bienes o activos de este, sino que en su último ordinal también relaciona las obligaciones mercantiles o pasivas derivadas de las actividades propias del establecimiento.

Ya en lo tocante a las operaciones sobre establecimientos de comercio, el artículo 525 preceptúa que la enajenación de un establecimiento de comercio,

a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran; pero el artículo 527 sí requiere que el enajenante entregue al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por contador público.

Llégase en este punto al tema que aquí nos interesa, cual es el de la cesión de deudas por acto entre vivos, mediante la enajenación de un establecimiento de comercio. Según el artículo 528, el enajenante y el adquirente responden solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades del establecimiento y que consten en los libros obligatorios de contabilidad. Pero esta responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: 1º) que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otro escrito; 2º) que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores en general en un diario de la capital de la república y en uno local, si lo hubiere, ambos de amplia circulación, y 3º) que dentro del ya mencionado término de dos meses, contados desde la fecha de la inscripción en el registro mercantil, los acreedores no se hayan opuesto a aceptar, también mediante inscripción de la oposición en el registro mercantil, al adquirente como su deudor.

De la preceptiva legal relacionada resulta que nuestro Código de Comercio sí acepta la cesión de deudas y que lo hace dentro de los mismos lineamientos del Código Civil alemán; porque dicha cesión se realiza mediante el contrato de enajenación del establecimiento de comercio, celebrado entre el enajenante y el adquirente, y porque se requiere la aceptación de los acreedores, quienes deben ser notificados en la forma prescrita, aceptación que se presume si estos no se oponen formalmente dentro del término de dos meses, contados a partir de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil. Cumplidos los precitados requisitos legales, la cesión de las deudas queda consumada, sin necesidad de recurrir a los ya inoficiosos procedimientos novatorios exigidos por la legislación civil para el efecto indicado.

PARTE SEXTA

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA

GENERALIDADES

470. Concepto.—Se entiende por modos de extinguir las obligaciones aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor.

Sin embargo, dicho concepto no es absoluto, comoquiera que algunos de los modos de extinguir las obligaciones no producen la total liberación del deudor. Así, en principio, el pago efectivo, que es el cumplimiento de la prestación debida, generalmente soluciona el vínculo obligatorio; pero si dicho pago ha sido hecho por persona distinta del deudor, puede ocurrir que el vínculo subsista y solo cambie el sujeto activo de él, porque el solvens entre a ocupar el lugar del acreedor satisfecho, subrogándose en el crédito de este con todos sus accesorios. En la novación objetiva, simultáneamente con la extinción de la obligación novada, nace entre las mismas partes otra obligación cuyo objeto o prestación es distinto del de aquella. En el caso de la imposibilidad sobreviniente de cumplir la obligación, como en el de la pérdida de la cosa que se debía dar o entregar, dicha obligación se extingue; pero si tal imposibilidad es imputable al dolo o a la culpa del deudor, por ministerio de la ley nace a cargo de este y en favor del acreedor una obligación distinta, cual es la indemnizatoria de los perjuicios irrogados, produciéndose así una especie de novación legal.

471. La enumeración legal.—La trae el artículo1625 del Código Civil en los siguientes términos: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

"Las obligaciones se extinguen además en todo o parte:

"1º) por la solución o pago efectivo;

"2º) por la novación;

"3º) por la transacción;

"4º) por la remisión;

"5º) por la compensación;

"6º) por la confusión;

"7º) por la pérdida de la cosa que se debe;

"8º) por la declaración de nulidad o por la rescisión;

"9º) por el evento de la condición resolutoria;

"10) por la prescripción".

472. Crítica.—La precitada enumeración legal es incompleta, puesto que al lado de los modos de extinción de las obligaciones que relaciona, también existen otros consagrados por la ley, a saber: la muerte del acreedor o del deudor, cuando el crédito o la deuda, respectivamente, existe intuitu personae, y por ende, es intransmisible a los herederos del difunto; el término extintivo que le pone fin al vínculo obligatorio; la revocación unilateral autorizada en ciertos casos por la convención o por la ley; la revocación y la resolución judicial del acto jurídico de que la obligación emana; la declaración de simulación absoluta de dicho acto. Además, la dación en pago, en virtud de la cual la obligación se soluciona, no ya con el cumplimiento de la prestación debida, sino con otra que el acreedor consiente en recibir, de no considerarse como una modalidad del pago, constituiría otro medio específico de extinción de las obligaciones.

Resulta de lo expuesto que los modos en cuestión en realidad son los siguientes que relacionamos en el orden que nos parece más lógico, atendiendo a si dichos modos son directos o indirectos y con las denominaciones que estimamos más apropiadas:

1º) la simple convención extintiva;
2º) la revocación unilateral;
3º) la muerte del acreedor;
4º) la solución o pago;
5º) la novación;
6º) la compensación;
7º) la remisión;
8º) la confusión:
9º) la imposibilidad de ejecución;
10) la prescripción liberatoria;
11) el plazo extintivo y la condición resolutoria;
12) la declaración judicial de nulidad o rescisión;
13) la resolución judicial y el pacto comisorio;
14) la revocación judicial;
15) la declaración judicial de simulación;
16) la transacción[1].

473. Clasificaciones.—Los modos de extinguir las obligaciones antes enumerados, admiten varias clasificaciones que obedecen a diversos criterios. Las principales de ellas son las que distinguen entre los modos generales y los especiales, y entre los modos directos y los indirectos.

[1] No incluimos en esta relación la dación en pago, porque, en nuestro sentir, esta es una modalidad del pago.

474. Modos generales y especiales.—Los primeros obran respecto a todas las obligaciones, como la convención extintiva, la imposibilidad de ejecución, la novación, la transacción, etc. A la inversa, los modos especiales solo se refieren a ciertas obligaciones, como la revocación unilateral de un acto jurídico, la muerte del acreedor o del deudor, etc.

475. Modos directos e indirectos.—Son directos los que afectan la obligación en sí misma, independientemente de su causa o fuente, por ejemplo, la simple convención extintiva de una determinada obligación, el pago, la imposibilidad de ejecución, la prescripción extintiva, etc. Son, indirectos aquellos modos que, al afectar la fuente de la obligación, repercuten sobre esta, como la convención extintiva del contrato de que ella emana, la revocación unilateral del contrato, la declaración de su nulidad o simulación, etc.

Hemos invocado esta última clasificación, porque en esta parte del curso solo examinaremos en toda su plenitud los modos directos. No así los indirectos, cuyo estudio detallado corresponde al tratado de las fuentes de las obligaciones, concretamente, al de los actos jurídicos en general. Esta advertencia explicará por qué habremos de referirnos a los modos indirectos en sus lineamientos más amplios y únicamente en cuanto ello sea necesario para el recto entendimiento de nuestro tema específico, que es el de la extinción de las obligaciones.

Título I

LA SIMPLE CONVENCIÓN EXTINTIVA Y LA REVOCACIÓN UNILATERAL

476. Las convenciones extintivas.—Mediante la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, el legislador delega en los particulares la potestad de arreglar mediante actos jurídicos gran parte de sus relaciones, sobre todo las de contenido patrimonial o económico. Es así como ellos pueden crear convencionalmente esas relaciones y, del mismo modo, modificarlas o extinguirlas.

El referido postulado encuentra su consagración en el artículo1602 del Código Civil que reproduce la fórmula lapidaria de Domat en estos términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", y agrega: "y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales". Este texto expresa con singular precisión el vigor normativo que compete no solo a los contratos que son la fuente principal de las obligaciones, sino también a todas las convenciones en general y a ciertos actos unipersonales dotados por la ley de tal vigor. Con otras palabras: el acto jurídico legalmente celebrado (convención, contrato o acto unipersonal) puede crear, modificar o

extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza. Además, como se ve, el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibirles a los agentes destruir unilateralmente, salvas las excepciones a que adelante nos referiremos, la obligatoriedad de sus convenciones y contratos; para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, esto es, su mutuo disenso (résiliation en Francia), por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos[2].

A propósito del comentado texto legal, importa aclarar que al decir este "y no puede ser invalidado [el contrato] sino por su mutuo consentimiento...", no significa que el contrato o convención pueda ser anulado por el mutuo disenso de las partes, como si el referido acto adoleciera de un vicio dirimente, pues el texto parte del supuesto de que el acto ha sido "legalmente celebrado", esto es, que reúne todos los requisitos para su existencia y validez. Luego el verdadero sentido de la expresión legal impropia es el de indicar que, así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc), como cuando el vendedor y el comprador revocan el contrato y hay lugar a restituciones mutuas entre ellos, desde luego, sin perjuicio de terceros[3].

Ahora bien, las anteriores consideraciones son suficientes para explicar, según nos lo hemos propuesto, que el mutuo disenso, es decir, la convención extintiva, revocatoria de un contrato celebrado anteriormente entre las mismas partes, constituye un modo indirecto de extinguir las obligaciones que este produjo[4].

Pero es más: la autonomía de la voluntad privada en punto de la extinción convencional de relaciones jurídicas preexistentes no se reduce a las que las partes hubieran contribuido a crear mediante un contrato, sino que actúa en general respecto de todas aquellas relaciones en que dicha autonomía está legalmente autorizada. Así toda obligación, cualquiera que sea su fuente (contrato, acto unipersonal, hecho ilícito, etc.), puede extinguirse por el mutuo consentimiento entre el acreedor y el deudor. Tal es lo preceptuado por el

[2] La expresión mutuo disenso deja de ser adecuada cuando se la emplea respecto de las convenciones extintivas de obligaciones extracontractuales, como las nacidas del hecho ilícito, porque si en la formación de estas no hubo consentimiento, mal puede hablarse de su extinción por disenso. De ahí que como epígrafe de este título hayamos preferido el de simple convención extintiva que abarca, por igual, la convención que disuelve un contrato preexistente y la que solo extingue una concreta obligación, cualquiera que sea su fuente.

[3] En contra, CLARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 1040 y t. XII, núm. 1308, págs. 492 y ss., y pág. 40, respectivamente; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, ob. cit., t. III, núm. 448, pág. 277.

[4] Obligationes quae consensu contrahuntur contraria voluntate disolvuntur, Inst. Just., t. 30, par. 4, lib. 3.

inciso 1º del artículo1625 del Código Civil, que dice: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula...". Tiénese, por tanto, que este texto legal no es una simple aplicación del artículo 1602 que determina la obligatoriedad de los actos jurídicos, especialmente de los contratos, y que requiere el mutuo disenso de las partes para deshacer o revocar dichos actos, con repercusión indirecta sobre los efectos de ellos, como las obligaciones que hayan generado, sino que el inciso transcrito implica la consagración, en toda su amplitud, de la eficacia extintiva de las convenciones respecto de cualquier clase de obligaciones e independientemente de su origen. Entonces, si quienes celebraron un contrato unánimemente disienten de este, la extinción de las obligaciones emanadas de él obra de modo indirecto; pero si la convención extintiva se refiere a una obligación concreta, cualquiera que sea su causa, el modo es directo.

Cabe aquí la misma crítica ya formulada al artículo1602, que califica de invalidación del contrato el efecto que produce el mutuo disentimiento de este. El inciso 1º del artículo 1625 antes transcrito incurre en la misma impropiedad, al decir que la obligación se extingue cuando los interesados "consientan en darla por nula". No: la obligación puede haber sido contraída válidamente y, entonces, el efecto de la convención extintiva no es el de declararla nula, sino el de privarla de la eficacia que, por ser válida, le asigna la ley.

477. Excepciones.—En ciertos casos el postulado de la normatividad de los actos jurídicos alcanza tal vigor que, por consiguiente, ni aun el unánime disentimiento de los agentes es apto para disolverlos o para revocarlos ni, por ende, para extinguir las obligaciones que ellos hayan generado. Ordinariamente ocurre lo dicho en materia del estado civil de las personas, cuando la ley autoriza su establecimiento o su determinación por actos voluntarios de los particulares, como en el contrato matrimonial, en el reconocimiento y en la legitimación de los hijos extraconyugales. Y hasta se da el caso de que un contrato de contenido económico, como las capitulaciones matrimoniales, escape al poder que normalmente tiene la voluntad de las partes para privarlo de eficacia. En tales hipótesis el orden social se considera tan comprometido en la estabilidad de estas situaciones creadas o determinadas con el concurso de la voluntad privada, que ya no se permite a los particulares revocarlas, o modificarlas, o declarar extinguidos los efectos y las obligaciones que de ellas derivan. Y lo propio ocurre con aquellas otras obligaciones de origen no contractual que la ley impone de modo imperativo, v. gr., la de pagar alimentos. Tales obligaciones están fuera del comercio y no pueden extinguirse mediante convención entre los interesados (arts. 16 y 1521, 2º).

En suma: por regla general, la convención celebrada entre el acreedor y el deudor produce la extinción de la obligación; pero excepcionalmente este modo no es apto para producir el referido efecto.

478. Precisión.—La simple convención extintiva, tal como ha quedado expuesta, es decir, como un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor, encaminado a privar de eficacia el vínculo obligatorio, bien sea que ese acuerdo se limite exclusivamente a este vínculo concreto, o bien que se refiera a todos los efectos del contrato que lo genera (mutuo disenso), no se debe confundir con otros modos de extinción de las obligaciones, que también son de naturaleza convencional, pero que ofrecen características específicas que ya no obedecen a la simple aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así, por ejemplo, el pago ordinariamente implica una convención entre el solvens y el accipiens, pero que se dirige a satisfacer el derecho del acreedor, y no simplemente a revocarlo sin satisfacción alguna. En la novación, si bien se pacta la extinción de una obligación, simultáneamente se crea otra que la reemplaza. En la transacción las partes convienen en sacrificar recíprocamente parte de sus intereses controvertidos, lo que puede envolver la extinción de alguno o algunos de sus derechos; mas su intención no es pura y simplemente esta, sino la de compensar ese sacrificio con ventajas que estimen equivalentes, siquiera sea la de consolidar situaciones y derechos que, por consiguiente, dejan de ser litigiosos. En la remisión, de ordinario prevalece el ánimo de liberalidad del acreedor, el que bien puede no existir en la simple convención extintiva, etc. En síntesis, esta última figura, la simple convención extintiva, se produce cuando el acuerdo entre el acreedor y el deudor, fruto del postulado de la autonomía de la voluntad privada, extingue la obligación, pero la causa y las características de ese acuerdo no encajan en otro de los modos extintivos convencionales tipificados por la ley.

479. La revocación unilateral.—Ya se expuso que, conforme al artículo 1602 y el inciso 1º del 1625 del Código Civil, la disolución o revocación voluntaria de los contratos y la extinción igualmente voluntaria de las obligaciones, cualquiera que sea su fuente, requiere en principio la celebración de una convención extintiva entre quienes fueron partes en aquellos, o entre el acreedor y el deudor interesados en estas.

Sin embargo, por excepción, la ley le concede a una sola de las partes o interesados el derecho potestativo para revocar unilateramente ciertos contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), el arrendamiento de servicios (arts. 2047 y ss., y 2066 y ss.), la confección de obra material (art. 2056), en los cuales es indispensable, para su normal desarrollo, la inteligencia o la confianza recíproca entre dichas partes.

Lo propio sucede cuando uno de los contratantes o todos ellos se han reservado el mencionado derecho potestativo, como cuando en el arrendamiento de cosas se ha estipulado que el arrendador, o el arrendatario, o cualquiera de ellos, podrá hacerlo cesar antes del vencimiento del término estipulado. El pacto de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse unilateralmente, perdiendo el valor de las arras (arts. 1859 y ss.).

De suerte que el ejercicio de este derecho potestativo, que puede tener un origen legal o convencional, constituye un modo especial de disolución de los contratos y de extinción de las obligaciones.

Título II

LA MUERTE DEL ACREEDOR O DEL DEUDOR

480. Concepto.—Al estudiar la transmisión de las obligaciones[5], vimos que estas, por regla general, no se extinguen por causa de la muerte del acreedor o del deudor, sino que pasan a los herederos de estos o a los legatarios instituidos por el testador. Pero que el precitado régimen tiene excepción cuando el crédito o la deuda existe en consideración de la persona del acreedor o del deudor (intuitu personae), respectivamente. Así, los créditos personalísimos, como el derecho a pedir alimentos (art. 424) y las obligaciones de hacer, cuando por su naturaleza o por la convención deban ser cumplidas por el deudor mismo y no por otras personas, son intransmisibles (art. 1630).

En consecuencia, las obligaciones que se encuentran en la situación excepcional últimamente mencionada, se extinguen por la muerte del acreedor o del deudor respecto del cual exista el intuitu personae.

Título III

EL PLAZO EXTINTIVO

481. Concepto.—Lo normal es que las obligaciones se extingan por su cumplimiento o pago efectivo por el deudor o sus herederos y que el transcurso del tiempo solamente afecte la existencia de ellas al consumarse el modo de la prescripción. Sin embargo, también sabemos que la existencia de un derecho u obligación puede estar subordinada a un plazo, vale decir, a un hecho futuro y cierto, como la llegada de tal día o la muerte de una persona, en forma que el acaecimiento de esta circunstancia le ponga fin al derecho o a la obligación. Entonces, esta modalidad del plazo constituye una causal especial de extinción de las obligaciones. Así, la deuda del rentadante de una pensión vitalicia termina con la muerte del rentista, o con la de un tercero cuando de esta última se ha hecho pender la extinción de la renta (art. 2287), y la fianza otorgada hasta cierto día también expira con la llegada de este (art. 2366).

[5] Véanse núms. 455 y ss. supra.

Título IV

LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

482. Concepto.—Constituye igualmente modo especial de extinción de las obligaciones el acaecimiento del hecho condicionante a que se subordina la existencia actual de estas, cual sucede con la obligación del fiador que ha garantizado la obligación principal mientras el deudor continúe dedicado a determinada actividad comercial (art. 2366). Si este cambia de actividad, la obligación del fiador se extingue.

Título V

EL PAGO

Capítulo I

GENERALIDADES

483. Concepto.—La institución jurídica de las obligaciones está determinada por su finalidad práctica, que es la de asegurar el intercambio comercial de bienes y servicios entre los asociados en orden a la satisfacción de las necesidades económicas de estos. Tiénese, en consecuencia, que el modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de estas prestaciones. El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona, por regla general.

El Código Civil define este modo extintivo así: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe" (art. 1626), fórmula omnicomprensiva del fenómeno, porque abarca toda clase de obligaciones, rectificando la idea vulgar de que el pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones de dinero. Se paga una obligación de dar cuando se hace tradición de la especie o del género objeto de la dación; paga su obligación de hacer el arrendador que le entrega al arrendatario la cosa arrendada y lo mantiene en el uso de ella; y está pagando el deudor de obligación de no hacer mientras se abstiene de ejecutar el hecho prohibido.

484. Naturaleza jurídica del pago.—Importa hacer constar desde ahora que, entendido el pago según quedó dicho, cuando este se refiere a obligaciones de dar o de hacer, por regla general, constituye un acto jurídico de la especie

de las convenciones, pues supone un acuerdo de voluntades entre el solvens, que hace tradición de la cosa o que ejecuta el hecho debido, y el accipiens, que consiente en aceptarlo y en liberar a su deudor. En las obligaciones de no hacer el acto jurídico es unipersonal, porque la abstención que cumple el solvens no requiere el concurso voluntario del acreedor. Y lo propio sucede respecto de ciertas obligaciones de hacer, v. gr., la que ejecuta el arrendador al mantener al arrendatario en el uso de la cosa arrendada[6].

Capítulo II

EL PAGO PURO Y SIMPLE

485. Denominación y régimen general.—Entendemos por pago puro y simple el que no está sujeto a modalidades especiales, esto es, el que abarca el concepto general de este modo de extinguir las obligaciones mediante la ejecución voluntaria y normal de la prestación debida.

El régimen general del pago puro y simple mira a las siguientes cuestiones que requieren examen separado: I) la causalidad del pago; II) por quién puede hacerse; III) a quién debe hacerse; IV) cómo debe hacerse; V) dónde debe hacerse; VI) cuándo debe hacerse; VII) la imputación del pago; VIII) las expensas del pago, y IX) la prueba del pago.

I. La causalidad del pago

486. El principio.—Todo pago supone una obligación preexistente que le sirve de causa, pues de no existir esta, dicho pago es inválido. Sin embargo, para la firmeza del pago no es necesario que la causa de este sea una obligación civil perfecta; basta que ella sea natural. Ya hemos visto que nuestra legislación reconoce esta clase de obligaciones y que si bien les niega acción para exigir su cumplimiento, les atribuye virtud suficiente para validar el pago que de ellas se haga voluntariamente por persona que tenga la libre administración de sus bienes.

Pero si el pago no encuentra fundamento jurídico en una obligación civil o natural preexistente que con él se pretenda solucionar, es un pago sin causa o indebido (solutio sine causa vel indebiti) y, por ende, inválido, que faculta al solvens para repetir lo pagado, aun en el caso de que este haya incurrido en error de derecho (art. 2315).

II. Por quién puede hacerse el pago

487. Precisión.—Normalmente, las obligaciones deben ser cumplidas por la persona o personas a cuyo cargo existen directa o subsidiariamente, vale

[6] En contra, Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 281, pág. 275.

decir, por el deudor absoluto o sus herederos, por sus representantes legales o convencionales, por los codeudores solidarios o de la obligación indivisible, o por quienes acceden a la obligación principal ajena, ya directamente como fiadores, o ya indirectamente, como el propietario del bien hipotecado o pignorado en garantía de aquella. Pero es más: cualquier tercero, esto es, toda persona extraña al vínculo obligatorio y carente de la representación legal o convencional del obligado u obligados, también está autorizado por la ley para hacer el pago, aun sin el consentimiento de estos y aun a pesar del acreedor (art. 1630).

De lo dicho se deduce que, en principio, toda persona está autorizada para pagar una obligación propia o ajena, sin que el acreedor pueda oponerse a ello, pues carecería de justificación que se negase a aceptar la satisfacción de su derecho, cualquiera que sea quien se la proporciona. Desde luego, este principio está sujeto a excepción expresamente establecida por la ley, cuando la obligación del deudor es intuitu personae. "... Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor" (art. 1630).

A. Pago por el deudor único o su representante

488. El efecto extintivo.—Es claro que el deudor único no solamente está obligado a pagar la prestación debida, sino que tiene derecho de hacerlo desde que su deuda es exigible, y aun antes, si el acreedor consiente en ello o si aquel está facultado para renunciar el plazo pendiente. Y lo propio puede decirse respecto de los representantes de dicho deudor, como su tutor o curador, o sus herederos, o sus mandatarios generales o diputados especiales para hacer el pago, entre los cuales está el legatario a quien se ha impuesto esta carga.

El pago realizado por cualquiera de las personas antedichas produce la extinción total y absoluta de la obligación; la solución respecto de todo el mundo (erga omnes). El acreedor queda satisfecho y ya nada puede exigirle al deudor, y este queda liberado, esto es, que el vínculo obligatorio desaparece, tanto por su aspecto activo (crédito), como por el pasivo (deuda).

Desde luego y como es obvio, el preindicado efecto no se da en su plenitud cuando el pago es parcial, como cuando el acreedor se allana a recibirlo así o cuando la ley excepcionalmente lo autoriza, por ejemplo, en la obligaciones conjuntas, en las cuales cada codeudor solo debe su parte o cuota en la deuda y cada acreedor solo puede exigir la que le corresponda en el crédito, o cuando los bienes trabados en un proceso de ejecución o de liquidación obligatoria son insuficientes para la total satisfacción del crédito por pagar. En los casos aludidos el vínculo o vínculos obligatorios se extinguen hasta concurrencia del pago parcial, pero subsisten por el saldo insoluto.

B. El pago por persona interesada en la solución de la deuda

489. Enumeración.—Además del deudor único o absoluto, si la obligación es solidaria o indivisible, cada deudor está sujeto al pago total (in solidum) de ella, y lo propio sucede con el fiador, quien responde subsidiariamente de la obligación afianzada, y con el propietario del bien hipotecado o pignorado en garantía de dicha obligación, cuyo cumplimiento se puede hacer efectivo sobre ese bien. Natural es, entonces, que a todas estas personas se les reconozca el derecho de pagar, porque están directamente interesadas en la solución de la deuda, ya sea para dejar a salvo su responsabilidad personal por ella, o ya para liberar los bienes afectados por su causa. Tal es el derecho que la ley les reconoce, así como también al acreedor de grado inferior que, al pagar por el deudor otra obligación privilegiada, mejora la situación de su crédito.

Pero el pago hecho por estas personas interesadas en el cumplimiento de la obligación principal produce, salvas las excepciones del codeudor de deuda indivisible y del propietario de cosa pignorada en garantía de dicha obligación, efectos diferentes a los del pago que realiza el deudor único o conjunto, según pasamos a verlo.

490. a) El pago por el codeudor solidario.—El codeudor solidario puede haberse constituido como tal sin tener interés alguno en la deuda, sino como garante de otro u otros (art. 1579), o puede participar en la deuda, pero solo con una cuota de interés en ella. En tal caso, el pago que realiza lo es, respectivamente, en todo o en parte de deudas ajenas, por lo cual, satisfecho el acreedor, el solvens tendría derecho a que los demás codeudores le rembolsasen aquello en que se han beneficiado con el pago. Pero la solución legal es todavía más favorable para dicho codeudor solidario que paga, pues se le declara subrogado en el crédito del acreedor con todos sus privilegios, accesorios, acciones, etc., aunque limitadas estas acciones respecto de cada uno de los otros codeudores a la parte o cuota que este tenga en la deuda común (arts. 1579, 1668, 3º y 1670). De suerte que en esta hipótesis la obligación no se extingue por el pago, sino que subsiste total o parcialmente a cargo de los codeudores del solvens, quien entra a sustituir al acreedor satisfecho, aunque dicha obligación deja de ser solidaria respecto de tales codeudores.

491. b) El pago por el codeudor de obligación indivisible.—El codeudor que paga obligación indivisible debería quedar colocado en la misma situación del codeudor solidario, a lo menos cuando el objeto de aquella es una suma de dinero y la indivisibilidad es convencional, es decir, que al solucionar la totalidad de la deuda, la subrogación legal debería obrar en favor de dicho codeudor. Sin embargo, nuestro legislador ofrece una solución diferente: motivado por la oscuridad tradicional de la teoría de la indivisibilidad y por el hecho de que

esta fue elaborada teniendo principalmente en la mira los casos en que el objeto de la obligación naturalmente no admite división, como cuando es de dar un caballo, caso en el cual sería ilógico subrogar al solvens, en el derecho del acreedor, en forma tal que los otros codeudores debieran darle, a su vez, ese caballo o partes de este, nuestro Código solo le reconoce al codeudor que paga obligación indivisible una acción de indemnización o saneamiento (arts. 1583, 4º y 5º y 1587). Quiere esto decir que la obligación pagada se extingue totalmente y erga omnes, y que el pago genera en favor del solvens un crédito distinto a cargo de sus codeudores beneficiados por él, crédito este que ya no cuenta con los privilegios, accesorios y garantías del extinguido.

492. c) El pago por el fiador.—El fiador que paga por el deudor principal también queda legalmente subrogado en el derecho del acreedor con todos sus privilegios, accesorios y garantías, pues es un deudor subsidiario que cumple obligación ajena (arts. 1668, 3º y 2361). Así, existiendo varios fiadores y aun mediando renuncia de estos al beneficio de división respecto al acreedor, el fiador que paga la totalidad de la obligación principal queda subrogado en el crédito frente al deudor principal, y frente a los otros fiadores hasta concurrencia de lo que a estos correspondería en la división (art. 2403).

Tiénese, por tanto, que el pago por el fiador tampoco extingue la obligación principal, sino que solo produce por ministerio de la ley un cambio de acreedor, aunque el monto de aquella quede reducido, para los efectos de la subrogación y respecto de los otros fiadores, a la participación que quepa a estos en la división de la deuda[7]. Pero, superflua y hasta contradictoriamente, el Código, además de la mencionada acción subrogatoria, le otorga al fiador que paga otra acción de reembolso contra el deudor principal (art. 2395). La subrogación legal en el crédito implica un desplazamiento de este, es decir, se desplaza del acreedor satisfecho al solvens, esto es, que dicho crédito se conserva con todos sus accesorios y solo cambia de sujeto o titular. Es, pues, contradictorio que a ese solvens se le conceda otra acción diferente, la de reembolso, la cual supone que en el pago con subrogación la obligación subsiste por el aspecto pasivo y se extingue por el activo, dando lugar al nacimiento de un nuevo crédito en favor del solvens, crédito que sería el tutelado con esa acción de reembolso, lo que dejaría sin explicación lógica que a este nuevo crédito pudieran traspasarse los accesorios del primero, tales como los intereses, privilegios y garantías.

493. d) El pago por el propietario de cosa hipotecada o pignorada.—Si bien él no es deudor ni codeudor en la obligación garantizada, está directamente interesado en el pago de esta, comoquiera que cuando el deudor no cumpla, ese derecho real de garantía puede hacerse efectivo sobre dicha cosa. Natural es, entonces, que a este propietario se le permita pagar la deuda caucionada

[7] En contra, Luis Claro Solar, ob. cit., t. xii, num. 1457, págs. 168 y 169.

para librarse de la acción real que sobre su bien podría ejercer el acreedor, como también lo es que, al hacerlo, se le considere legalmente subrogado en los derechos de este, con todas las consecuencias que tal subrogación implica. El Código Civil consagra en forma expresa esta solución respecto del poseedor del bien hipotecado en garantía de obligación ajena (art. 2453). No así en tratándose del dueño de cosa pignorada en iguales condiciones, a pesar de que su situación es la misma que la de aquel. Esta omisión legal conduce a que el pago realizado por dicho propietario de cosa pignorada en garantía de deuda ajena no produzca subrogación en su favor en los derechos del acreedor satisfecho, pues la subrogación es excepcional y solo obra en los casos expresamente contemplados por la ley. Pero como ese pago beneficia al deudor liberado, es claro que debe reembolsarle al solvens el valor de lo pagado, pues de no ser esto así, habría lugar a un enriquecimiento injusto.

494. e) El pago por el acreedor de grado inferior.—Interesado, a lo menos indirectamente, en el pago de una obligación, puede estarlo el acreedor de otra obligación distinta contra el mismo deudor, cuando la primera goza de privilegio, concepto este que comprende los créditos prendarios e hipotecarios (arts. 2493, 2494, 2497, 3º y 2499). Dicho acreedor es parte en el vínculo que lo une al deudor común, pero es un tercero respecto de las otras obligaciones a cargo de este. Sin embargo, puede tener interés en el pago de alguna de ellas cuando, en razón del privilegio o garantía de que está premunida, tiene preferencia sobre su propio crédito. Se justifica así el derecho que se le reconoce a este acreedor tercero de pagar la obligación en favor de otro, privilegiada o garantizada realmente, porque al hacerlo mejora su situación de acreedor de inferior categoría, y, por la misma razón, se justifica que este pago produzca efecto subrogatorio en su favor (art. 1668, 1º).

C. El pago por persona no interesada en la solución de la deuda

495. La autorización legal.—Las razones en que se funda el derecho a pagar que tienen el deudor y las personas jurídicamente interesadas en dicho pago, como lo son las relacionadas en el literal anterior, consultan la equidad y conveniencia práctica. Pero ocurre que la ley va todavía más lejos al autorizar a cualquier persona para pagar una deuda ajena, aunque carezca de interés jurídico para ello y con prescindencia de los motivos que la induzcan a hacerlo, con la salvedad obvia de que dicha deuda exista en consideración de la persona del deudor (intuitu personae), caso en el cual solamente este puede ejecutar la prestación debida. "Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor" preceptúa el artículo 1630 que en seguida consagra la excepción últimamente mencionada.

Esta autorización legal a cualquier persona para inmiscuirse en las relaciones entre el acreedor y el deudor y para extinguir el vínculo obligatorio que los une, ha sido objeto de controversias inmemoriales que no vale la pena relacionar aquí. Cualquiera que sea la opinión al respecto, lo cierto es que nuestro Código consagra la referida facultad también reconocida por el derecho romano, en el cual se la consideró como una aplicación del principio general que autorizaría a cualquier persona, no para empeorar, pero sí para mejorar la condición de otro, aun sin su conocimiento, principio este en que se funda la institución de la agencia oficiosa[8].

La ley asigna efectos diferentes al pago que realiza un tercero, según las circunstancias: "El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que este le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue" (art. 1631). "El que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción" (art. 1632).

Por consiguiente, al respecto cabe distinguir entre las siguientes hipótesis: a) el pago se hace con el conocimiento del deudor; b) sin el conocimiento del deudor, y c) contra la voluntad del deudor. El consentimiento del acreedor no desempeña papel alguno, pues, en todos los tres casos enunciados cualquier persona puede pagar contra la voluntad de aquel, "a su pesar", esto es, que la ley declara injustificada la renuencia del acreedor para recibir el pago que satisface su interés en el vínculo obligatorio. Conviene examinar por separado las hipótesis mencionadas.

496. a) El pago con conocimiento del deudor.—Si el solvens paga con el conocimiento del deudor, se genera entre ellos un mandato para el efecto, pues este contrato no requiere la aceptación expresa del mandante, sino que se perfecciona por la simple aquiescencia tácita de este a la gestión que otro realice para él (art. 2149).

Siendo esto así, la hipótesis en examen debería estar sometida a las reglas del pago por mandatario del deudor, pago que extingue totalmente y erga omnes la obligación, sin perjuicio del derecho de todo mandatario, aquí el solvens, para que el deudor le reembolse lo pagado con sus gastos e intereses corrientes (art. 2184, 2º y 4º). Sin embargo, la ley ha querido mejorar la situación del tercero que paga con el conocimiento del deudor, colocándolo en la misma condición de quien paga deuda en cuya solución está interesado, es decir, otorgándole, como a este, la acción subrogatoria, en cuya virtud la obligación no se extingue, sino que el crédito se traspasa al subrogado con todos sus accesorios, privilegios y garantías (art. 1668, 5º). Tiene, pues, el solvens

[8] Alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti non facere posse, deteriorem non posse.

en esta hipótesis opción para elegir entre la acción de reembolso que compete a todo mandatario y la acción subrogatoria que especialmente se le concede, opción que obviamente se inclinará hacia este segundo extremo, porque la subrogación envuelve también el traspaso de todos los accesorios, privilegios y garantías del crédito pagado.

497. b) El pago sin el conocimiento del deudor.—Al ignorar el deudor que un tercero paga obligación a su cargo, se estructura una agencia oficiosa, figura esta que consiste precisamente en que una persona gestione los negocios de otra, sin mediar entre ellas mandato alguno, ni aun el que se perfecciona con la aquiescencia tácita del dueño del negocio.

La ley autoriza expresamente la agencia oficiosa, como acto unipersonal lícito del gestor enderezado a evitar pérdidas de riqueza y a proteger al dueño del negocio, según el ya enunciado principio de que uno puede mejorar la situación de otro, aun sin su conocimiento. De manera que el pago en estas condiciones es mera aplicación de la mencionada institución de la agencia oficiosa[9], así como lo es el efecto que el artículo 1631 deduce en favor del tercero que, al pagar por el deudor, se erige en su agente oficioso, lo libera de una obligación que debía cumplir personalmente y realiza en su provecho una expensa útil que apareja la consiguiente obligación de reembolso, conforme a la regla general que establece el artículo 2308. Pero, como esta obligación de reembolso es distinta de la pagada, el solvens ya no cuenta con los accesorios, privilegios y garantías de esta.

No hay, pues, subrogación legal en el pago que un tercero hace sin el conocimiento del deudor; pero si el acreedor se allana voluntariamente a subrogar a aquel, entonces ya no se produce la extinción de la obligación, sino que el crédito pasa al solvens con todos los accesorios que le pertenecen.

498. c) El pago contra la voluntad del deudor.—A este propósito, el Código Civil incurre en notoria contradicción, pues al paso que el artículo 1632 le niega la acción de reembolso a quien paga contra la voluntad del deudor, el

[9] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 463, págs. 283 y ss., siguiendo la opinión de Ruperto Bahamonde, consideran que la agencia oficiosa no se ofrece cuando la gestión se reduce a un caso aislado, como el pago de una obligación, sino a un conjunto de actos que ya impliquen una administración de los negocios de otro. Esta tesis es equivocada: la agencia oficiosa consiste en cualquier actuación de una persona en nombre de otra de quien no tiene la representación legal ni convencional. Es una gestión unipersonal del agente que le impone obligaciones iguales a las del mandatario (art. 2305), bien sea que dicha gestión se refiera a un acto aislado o a un conjunto de actos. Además, la agencia oficiosa generalmente beneficia al dueño del negocio y hasta puede producirle un enriquecimiento, circunstancia esta, que, a su vez, le impone a dicho dueño la obligación de reembolso en favor del agente. Entonces, así como el mandato puede ser general para varios negocios o especial para uno solo, v. gr., la diputación para el pago, la agencia oficiosa puede extenderse también a varios actos o reducirse a uno solo, como el pago de una obligación (art. 2309), sin que la figura en cuestión cambie de naturaleza.

artículo 2309 se la otorga expresamente. En efecto, el primero de tales artículos preceptúa: "El que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción" (hemos subrayado). Y, de su lado, el artículo 2309 dice: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado..." (se subraya). La contradicción es, pues, manifiesta[10].

De los textos legales transcritos se colige, en primer término, que nuestra legislación admite la agencia oficiosa contra la voluntad del interesado, determinación esta que carece de toda justificación jurídica. Bien está que esta intervención unilateral en los negocios ajenos se declare lícita cuando se realiza sin el conocimiento del dueño (si hay este conocimiento, se configura un mandato), porque con ello se evitan pérdidas de riqueza y el perjuicio que dicho dueño sufriría por no haber podido atender personalmente a su negocio o designado a quien se encargase de él. En estas circunstancias, encuentra razonable cabida la idea romana según la cual es lícito mejorar la condición ajena, aun ignorándolo el beneficiario. Pero, también por principio jurídico elemental, la tutela de los derechos privados corresponde a sus titulares, siendo estos personas capaces, hasta el punto de que pueden renunciarlos cuando solo miran a su interés (art. 15). Por tanto, repugna a la lógica y a dicho principio que se permita a un extraño autoerigirse en árbitro de la utilidad que tales derechos reporten a sus titulares y a inmiscuirse en su guarda, aun contra el querer de ellos. Y todavía se justifica menos reconocerle al agente oficioso que obra contra la prohibición del dueño del negocio, derecho alguno contra este. La prohibición del enriquecimiento injusto, según la cual nadie puede enriquecerse en detrimento ajeno (nemo cum alterio detrimento locupletiorem fieri potest), fuente de la obligación de reembolso amparada con la acción de in rem verso, tiene un fundamento de equidad que no se ofrece cuando el empobrecimiento obedece a la intención de quien lo sufre, como si obra con ánimo de liberalidad, y menos aún se justifica la acción de in rem verso cuando el propósito del agente se endereza a generar la obligación de reembolso a cargo de quien se niega a recibir el enriquecimiento o utilidad. Lo contrario equivale a otorgarle al acto jurídico unilateral del agente oficioso un alcance que siempre se le ha negado: el de poder empeorar la situación de otro. Si mi casa necesita reparaciones que yo no quiero hacer, porque tengo el propósito de demolerla y de construir otra nueva, o porque prefiero emplear mis disponibilidades económicas en otros menesteres o negocios que juzgo más urgentes o convenientes, es absurdo que se autorice a un tercero para hacer tales reparaciones contra mi voluntad, y lo es más todavía que, por añadidura, se me obligue a reembolsarle a aquel sus gastos o expensas.

[10] En contra, CLARO SOLAR, ob, cit., t. XIII, pág. 52, nota 30.

En el mismo orden de ideas, puedo yo tener interés en no pagar una deuda, v. gr., porque mi acreedor no me ha cumplido el contrato, y en el caso de que me la cobre, puedo proponerle la excepción de contrato no cumplido, o porque estoy esperando a que dicha deuda se compense con otra que aún no es exigible a cargo de mi acreedor, o porque sé que este tolerará que yo le pague cuando quiera. Entonces resulta injustificable que se autorice a un tercero para pagar por mí, contra mi voluntad y aun a pesar de mi acreedor, según lo hacen los citados artículos 1632 y 2309, siguiendo la antigua legislación española[11]. Y todavía es más aberrante que, en tales circunstancias, se le otorgue a ese tercero una acción de reembolso contra mí, según el artículo 2309, acción esta que, contradictoriamente pero con mejor fundamento racional, le niega el artículo 1632.

Agrégase a lo dicho que la precitada contradicción legal ha de resolverse entre nosotros en favor de la solución criticada, pues los dos textos mencionados se refieren por igual al pago, lo que impone al intérprete la aplicación de la empírica regla de hermenéutica que trae el artículo 5º, regla 2ª, de la ley 57 de 1887, a cuyo tenor: "Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior...".

Desde luego, como lo dice el artículo 1632 con impropiedad, el tercero que paga contra la voluntad del deudor tiene acción contra este cuando el acreedor se la ceda voluntariamente, pues entonces en realidad no hay un pago extintivo de la obligación, sino una cesión del crédito o una subrogación en él, que pasa al cesionario o subrogado con sus accesorios, privilegios y seguridades, cesión o subrogación convencional que no requiere el consentimiento del deudor. No se trata, por tanto, de una acción de reembolso, como impropiamente la califica el texto comentado, sino de un traspaso del crédito y de las acciones pertinentes a este.

Para terminar estas consideraciones tocantes a la autorización que se le confiere a cualquier persona para pagar una deuda ajena, importa aclarar que no es necesario para la validez de dicho pago y para que se produzcan los efectos ya expuestos que el solvens manifieste que lo hace "a nombre del deudor", según parece sugerirlo el artículo 1630. Como se trata de una facultad personal legalmente reconocida al solvens y en cuyo ejercicio no cuenta para nada la voluntad del deudor, aquel puede hacer el pago en su propio nombre, caso en el cual también se afecta en la forma ya expuesta el vínculo obligatorio que ata a dicho deudor.

499. Resumen.—El pago que realiza una persona no interesada en el cumplimiento de la obligación produce efectos distintos: si se hace con el conocimiento del deudor, el solvens tiene frente a este la acción legal subrogatoria y la acción del mandatario, y así, depende de cuál de estas acciones él elija para

[11] Ley 3ª, tít. 14, Partida 5ª.

determinar, respectivamente, si la obligación subsiste con sus accesorios o si se ha extinguido por el pago, dando lugar a la acción de reembolso ex mandato; si el pago se hace sin el conocimiento del deudor, la obligación se extingue absolutamente y el solvens no se subroga en el respectivo crédito, sino que nace en su favor otro crédito distinto, el de reembolso contra el deudor liberado, a menos, desde luego, que el acreedor se allane a cederle el crédito al solvens o a subrogarlo convencionalmente en él, caso en el cual la obligación no se extingue, sino que cambia de acreedor; en fin, si el pago se ha hecho contra la voluntad del deudor, la obligación se extingue, pero el solvens tiene acción de in rem verso contra el deudor, si el pago le ha sido útil a este y dicha utilidad subsiste al tiempo de la demanda de aquel.

500. Requisitos especiales para las obligaciones de dar.—Como es sabido, estas tienen por objeto la transferencia de la propiedad plena o desmembrada, o su desmembración, o la constitución de fideicomiso.

Ahora bien, respecto de esta clase de obligaciones, preceptúa el artículo 1633 del Código Civil: "El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño.

"Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar.

"Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar".

Dos son, pues, los requisitos especiales que la ley exige para el pago de las obligaciones de dar: a) que el solvens sea dueño de la cosa pagada, o que el dueño consienta en dicho pago, y b) que el dueño de la cosa tenga capacidad legal para enajenarla. Cabe agregar a estos requisitos otro, cual es la observancia de las solemnidades legales pertinentes.

501. a) La propiedad de la cosa.—La transferencia que imponen las obligaciones de dar se cumple en nuestro sistema mediante la tradición, acto típico que consiste en la entrega real, simbólica o ficta de la cosa, con el ánimo recíproco de enajenarla y de adquirirla (arts. 740, 754 y 756). De donde se concluye que el pago de esta especie de obligaciones está sujeto a las reglas propias de la tradición y entre ellas a la derivada del principio conforme al cual nadie puede transferirle a otro mayor derecho del que tiene (nemo plus ad alium transferre potest quam ipse habet), esto es, que la tradición a non domino ni soluciona la respectiva obligación da dar ni es oponible al dueño de la cosa que no ha consentido en aquella (art. 752).

Algunos consideran que el artículo 1633 incurre en impropiedad al decir que "no es válido" el pago realizado en estas condiciones, porque la supuesta invalidez no encajaría en ninguna de las causales de nulidad absoluta o relativa

de los actos jurídicos, sino que es un motivo de inoponibilidad de dicho pago frente al dueño de la cosa que no ha consentido en su tradición[12].

Esta tesis es errónea, porque ignora que la referida solución legal se inspira en el derecho romano, en el cual, sin perjuicio de la inoponibilidad al verus domino de la tradición o pago que él no ha consentido y de la acción reivindicativa que se le reconocía, también se estableció una nulidad sui generis en favor de las partes en dicha tradición o pago, habida cuenta del interés legítimo que estas pudieran tener en volver las cosas a su estado anterior. Así, dentro de esta concepción clásica, el solvens o tradente a non domino y que no ha contado con el consentimiento del propietario de la cosa, puede tener interés legítimo en alegar la nulidad, por ejemplo, cuando habiendo pagado de buena fe cosa ajena queda expuesto a la acción de saneamiento del accipiens en caso de evicción causada por el ejercicio de la acción reivindicatoria por el verdadero dueño, o a la acción reivindicatoria indirecta o ad valorem que contra él ejerza dicho dueño por habérsele hecho a este difícil o imposible la persecución de la cosa pagada (art. 955). No se opone a la referida solución el principio según el cual quien debe sanear la enajenación no puede producir la evicción, porque al pedir el solvens la nulidad del pago y la consiguiente restitución de la cosa pagada (acciones personales), no está reivindicándola (acción real), lo que no podría hacer por no ser dueño. Dicha restitución tampoco le causa perjuicio al acreedor mal pagado, cuyo crédito, en virtud de la nulidad, revive y ha de ser solucionado en debida forma[13].

Además, el acreedor pretendidamente satisfecho con la tradición a non domino también está justificado para invocar la nulidad del pago, porque está expuesto a la acción reivindicatoria del dueño de la cosa mientras no se consume la usucapión, o porque habiéndose realizado las condiciones de la usucapión, dicho acreedor prefiera renunciar a ella y recobrar su derecho a un pago válido, caso en el cual su acción de nulidad no se extingue con esa usucapión que es renunciable y no puede ser declarada de oficio por el juez[14].

Desde luego, la nulidad de que se trata no tiene lugar, como lo dice el artículo 1633, cuando el pago se ha hecho con el consentimiento del dueño de la cosa, hipótesis en la cual el solvens realmente es un mandatario de este (art. 742). Ahora, el consentimiento del dueño, posterior al pago, equivale a una ratificación que lo sanea retroactivamente (ibídem), en igual forma que la posterior adquisición por el solvens de la cosa pagada (art. 752).

502. b) La capacidad del enajenante.—El pago de las obligaciones de dar también requiere para su validez que el dueño de la cosa pagada, bien sea el mismo solvens o bien otra persona distinta que consienta en el pago, tenga

[12] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 465, pág. 286.

[13] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1335, pág. 57.

[14] Ibídem, núm. 1334, págs. 56 y 57.

capacidad legal para enajenar dicha cosa. Trátase aquí de una aplicación concreta de las reglas generales que gobiernan la incapacidad de los agentes y la consiguiente nulidad. Esta nulidad es absoluta si el solvens o quien consiente en el pago con cosa de su propiedad es un incapaz absoluto (arts. 1504 y 1741). Y es relativa cuando quien paga o el propietario de la cosa que consiente en el pago es relativamente incapaz (ibídem). Importa advertir a este propósito que, según las mencionadas reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos en razón de la incapacidad de los agentes, cuando el pago ha sido hecho por el propietario de la cosa pagada o con su consentimiento, siendo relativamente incapaz, solo él podrá alegar esta nulidad, no así el acreedor que ha recibido el pago (art. 1743).

El artículo 1633, a más de requerir para la validez del pago de las obligaciones de dar, que este se haga por el propietario de la cosa o con su consentimiento y que dicho propietario sea legalmente capaz para enajenarla, en su inciso final establece excepción, así: "Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar". Consagra así este texto, inspirado en el derecho romano, una excepción injustificable a las reglas generales sobre protección de los incapaces y sobre tradición de cosa ajena no consentida por el dueño[15]. Tratándose de cosas fungibles, esto es, de las que son sustituibles o intercambiables por otras del mismo género, según el concepto técnico de ellas, que nuestro Código Civil confunde con el de las cosas consumibles, es decir, las que desaparecen por su utilización natural (art. 663), se tiene que el inciso transcrito del artículo 1633 excluye la nulidad del pago cuando aquellas han sido consumidas por el accipiens. No se encuentra razón valedera para esta solución legal. Conforme a las reglas generales, el pago puede ser anulado, cualquiera que sea el motivo determinante de su invalidez, como el error, la fuerza, el dolo, la incapacidad, etc., y lo mismo debería serlo cuando se presenta ese motivo sui generis erigido por la ley para la invalidez del pago, cual es el de que este implique tradición de cosa ajena sin el consentimiento del dueño. Si las cosas son fungibles, hipótesis en que se ubica la excepción comentada, como si se trata de especies monetarias, el hecho de que el accipiens las haya consumido no tiene por qué sanear el motivo superior que determina la nulidad del pago ni se opone a que aquel restituya cosas de la misma clase.

En todo caso, frente a la solución legal hay que concluir que es válido el pago de cosa por quien no es dueño de esta, sin el consentimiento del verdadero dueño, o no teniendo este capacidad de enajenar, con dos condiciones: que la cosa haya sido consumida por el accipiens y que este haya obrado de buena fe, lo que lógicamente ha de entenderse, no solo en el momento del consumo de la cosa, sino en el del pago, pues quien ha recibido la cosa de mala fe persiste en esta al consumirla. Así, es válido el pago que el acreedor recibe de quien cree ser el propietario de la cosa y tener capacidad de enajenarla, porque este error

[15] Ibídem, núm. 1337, págs. 57 y ss.

de hecho no excluye la buena fe; por el contrario, es inválido el pago recibido a sabiendas de que falta alguno de los mencionados requisitos, como también lo es el pago que el acreedor acepta del incapaz, a sabiendas de tal incapacidad, pero incurriendo dicho acreedor en el error de derecho, consistente en creer que el incapaz sí tiene aptitud legal para pagar sus obligaciones (art. 768).

503. c) Las solemnidades del pago.—Como el pago de las obligaciones de dar implica la tradición de las cosas materia de aquellas, tal pago debe hacerse con las solemnidades que la ley exige en ciertos casos (art. 749). Por ejemplo, el pago de la obligación de dar bien inmueble debe cumplirse mediante la inscripción del título traslaticio (en este caso, la escritura en que se haga constar el pago) en el competente registro de instrumentos (art. 756).

III. A quién debe hacerse el pago

504. Enumeración legal.—Dice el artículo 1634: "Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo [bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aun a título singular], o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

"El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Así relaciona este texto legal a las personas legitimadas para recibir el pago. Naturalmente, este debe hacérsele al acreedor, quien es el titular del derecho crediticio correlativo a la deuda y, por ende, quien está legitimado para exigir la prestación debida. Ocupan el lugar de dicho acreedor, como si fuesen él mismo, sus causahabientes a título universal o herederos, quienes son continuadores de su personalidad, así como también sus causahabientes a título singular, tales el legatario y el cesionario del crédito, quienes igualmente suceden y reemplazan al acreedor en este derecho específico (propter rem singulam). Además, según las reglas generales, están legitimados para recibir el pago los representantes convencionales del acreedor, tales sus mandatarios generales o especialmente diputados para el efecto, sus representantes legales, como los padres en ejercicio de la patria potestad, el tutor o curador del incapaz, el curador del ausente o de la herencia yacente y el secuestre. Y a las antedichas personas el artículo 1634 agrega al poseedor del crédito.

505. Efectos del pago a las personas enumeradas.—El pago que se haga a las personas ya relacionadas es válido, es decir, que produce los efectos propios de este modo de extinguir las obligaciones: desinteresa al acreedor y libera al deudor, vale decir, que soluciona absolutamente y erga omnes el vínculo obligatorio, a menos que dicho pago se limite a producir un traspaso del crédito,

como sucede en los casos de subrogación legal o convencional del solvens al acreedor satisfecho.

506. Efectos del pago a persona no legitimada.—El pago hecho a persona distinta de las relacionadas en el artículo 1634, como el que se les hace a los padres del acreedor emancipado, al cónyuge del acreedor, etc., no extingue la obligación: el acreedor conserva su derecho y, por ende, el deudor que ha pagado mal continúa obligado a satisfacerlo. Esto, desde luego, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene dicho deudor contra el accipiens no legitimado para recibir, quien no puede enriquecerse injustamente.

507. Convalidación del pago.—La nulidad del pago a persona no legitimada para recibirlo se sanea en los dos casos contemplados por el artículo 1635, a saber:

1º) Cuando el acreedor que tiene la libre administración de sus bienes ratifica expresa o tácitamente el pago, porque esta ratificación equivale a un mandato conferido al accipiens, conforme a la regla general ratihabitio pro mandato tenetur.

2º) Cuando el que ha recibido el pago sucede al acreedor en su derecho como heredero o por cualquier título, v. gr., el legado o la cesión del crédito. Aunque el artículo 1635 no lo diga, en este caso el pago inicialmente nulo también se convalida con efecto retroactivo, porque sería absurdo admitir que el adquirente del crédito pudiese volver a cobrarlo de nuevo.

A las precitadas excepciones la doctrina suele agregar otra, fundada en la prohibición del enriquecimiento sin causa, cual es la de que el pago al tercero no legitimado se haya empleado en provecho del acreedor, según los criterios consignados en los artículos 1636 y 1747, referentes a actos realizados por los incapaces.

Pero el régimen legal del pago, tocante a las personas que pueden recibirlo, requiere mayores precisiones, según pasamos a verlo.

508. a) El pago al acreedor.—Visto está que por tal acreedor el artículo 1634 entiende no solo al titular originario del derecho crediticio, sino también a quienes le hayan sucedido en este derecho, como causahabientes universales, o sea, sus herederos, o como causahabientes a título singular, por ejemplo el legatario y el cesionario.

Importa por tanto aclarar que, para que el acreedor o un sucesor suyo esté legitimado para recibir el pago de la totalidad de la deuda, es necesario que sea acreedor o sucesor único, o que, siendo varios, aquel esté facultado para recibir por todos, como ocurre en las obligaciones activamente solidarias y en las indivisibles. Si la obligación en favor de dos o más acreedores es conjunta, el pago debe hacerse a cada uno de ellos en proporción a su cuota en el crédito,

y no a uno solo, porque, de lo contrario, las cuotas crediticias de los demás no se extinguirían por dicho pago. Y esto ocurre no solo cuando la obligación es originariamente conjunta, sino también cuando la que existe en favor de un solo acreedor se convierte en tal, como cuando el acreedor transmite su derecho a varios herederos, entre los cuales este se divide, por ministerio de la ley, en proporción a sus cuotas hereditarias. Entonces, el deudor solamente queda liberado de su obligación a medida que pague a dichos herederos las cuotas correspondientes. Claro está que si la partición de los bienes relictos ya se ha efectuado, el deudor debe pagarle al adjudicatario o adjudicatarios del crédito, porque la adjudicación radica el crédito exclusivamente en los beneficiarios de ella (art. 1401).

La precitada solución no varía cuando la transmisión o la transferencia a título singular del crédito lo es a varias personas o es solo de parte de aquel. En tal caso, el pago debe hacérsele a todos los causahabientes singulares, legatarios o cesionarios, a prorrata de sus cuotas. Y si la transferencia es parcial, el crédito también queda dividido para los efectos del pago entre el acreedor originario en la parte que conserva y el causahabiente en la que se le ha traspasado.

509. La nulidad del pago al acreedor.—Además de los casos que acabamos de contemplar, en los cuales quien ostenta la calidad de acreedor no está legitimado para recibir la totalidad del pago y no obstante la recibe, casos comprendidos en la invalidez del pago resultante de los artículos 1634 y 1635, el artículo 1636 establece estos otros: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 1º) si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con el arreglo al artículo 1747; 2º) si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener el pago; 3º) si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso" (léase liquidación obligatoria).

510. 1º) El acreedor no tiene la administración de sus bienes.—Esta hipótesis tiene que ver principalmente con la incapacidad legal general que padecen los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los menores no habilitados de edad y los disipadores en interdicción judicial (art. 1504)[16]. Estos incapaces, en principio, no pueden recibir válidamente el pago de sus créditos. No obstante, la fórmula empleada por el artículo 1636: "si el acreedor no tiene la administración de sus bienes", no comprende el pago hecho al menor de créditos que pertenezcan a su peculio profesional o industrial, administrado por este como si fuese mayor de edad (art. 294).

[16] No ya la mujer casada, cuya capacidad le fue reconocida por la ley 28 de 1932. Además de que ya no existen menores adultos habilitados de edad, porque la mayoría de edad se obtiene a los 18 años, de conformidad con la ley 27 de 1977.

511. Excepción.—Además, el mismo artículo 1636, numeral 1, expresamente consagra otra excepción a la invalidez del pago hecho a quien no tiene la libre administración de sus bienes, en el caso de que dicho pago haya sido provechoso para el acreedor incapaz, según los criterios consignados en el inciso 2º del artículo 1747, que, inspirados en la equidad, condenan el enriquecimiento injusto: "... Se entenderá haberse hecho esta [la persona incapaz] más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas". Así, si el producto del pago se ha invertido en la cancelación de deudas del incapaz o en la reparación de su casa, la inversión debe reputarse necesaria y válido el pago. Y si las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas no eran necesarias, pero sí útiles en cuanto representan un aumento patrimonial para el incapaz, como los valores bursátiles comprados por este con el dinero recibido, la acción de nulidad del pago que se le promueva al deudor, o la enderezada a que este haga un nuevo pago válido, pueden ser enervadas mediante la excepción establecida en su favor por el artículo 1636, siempre que la utilidad subsista al tiempo de la demanda y el acreedor beneficiado quiera retenerla.

512. 2º) El embargo del crédito.—Como toda obligación da derecho al acreedor para perseguir su cumplimiento sobre los bienes del deudor, exceptuándose solamente los no embargables, y como entre aquellos bienes se cuentan los créditos que dicho deudor posea, el embargo de tales créditos constituye una medida importante dentro del proceso de ejecución coactiva que culmina con el pago al acreedor. En el ordenamiento procesal colombiano, ese embargo del crédito perteneciente al deudor se consuma notificándoselo a quien es deudor de este último, mediante entrega del correspondiente oficio (C. de P. C., art. 681, 4º). A partir de tal notificación el crédito embargado y secuestrado queda fuera del comercio y, por ende, no puede ser enajenado por su titular, sin autorización del juez o el consentimiento de aquel en cuyo favor se haya decretado el embargo (art. 1521, 3º), a lo que se agrega que el deudor de este crédito embargado tampoco puede pagárselo válidamente a dicho titular, sino a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales o al secuestre, conforme a la regla del artículo 1636 numeral 2, que se examina.

A este propósito se ha dicho: el deudor que, contraviniendo el decreto de embargo que se le ha comunicado, le paga a su acreedor, puede repetir contra este lo mal pagado[17]. No compartimos esta opinión, porque al prohibir el artículo 1636 el pago en tales circunstancias, este queda calificado como un acto con objeto ilícito (arts. 1521 y 1523), y como el solvens lo ejecuta a sabiendas, puesto que ha sido notificado del embargo, dicho solvens queda colocado, a su

[17] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1346, págs. 63 y 64.

vez, en la situación contemplada por el artículo 1525, que niega el derecho de repetición de lo dado o pagado a sabiendas en razón de un objeto o causa ilícitos.

513. 3º) El concurso de acreedores (liquidación obligatoria).—No es válido el pago hecho a quien, por insolvente, se halla sometido a un proceso concursal de liquidación obligatoria, cuando tal pago se ha realizado en fraude de sus acreedores. Cabe observar que la condición últimamente mencionada, el fraude a los acreedores no se presenta cuando quien recibe el pago pone su producto a disposición del liquidador encargado de administrar la masa de bienes de la liquidación obligatoria.

Al decir de algunos, el pago al acreedor respecto del cual se está tramitando proceso concursal de liquidación obligatoria, daría lugar a una acción pauliana o revocatoria del acto fraudulento[18]. En nuestro sentir, el fraude a los acreedores, que también es elemento axiológico de la acción pauliana, no autoriza dicha opción, porque la invalidez del pago especialmente establecida por la ley, en este caso no se encamina a restituir un bien que haya salido del patrimonio del deudor, finalidad propia de la referida acción, sino a declarar que el crédito mal pagado subsiste en dicho patrimonio y debe ser satisfecho nuevamente por el solvens que hizo un pago inválido. La acción es, pues, de nulidad, y no la pauliana o revocatoria[19].

514. b) El pago al representante legal del acreedor.—Es propio de la representación trasladar al representado los efectos de los actos jurídicos realizados por el representante, como si aquel hubiese intervenido directamente en dichos actos (art. 1505). Y es sabido que la representación es legal cuando la autorización al representante para actuar por otro se deriva directamente de la ley. Luego es válido el pago hecho al representante legal del acreedor, según lo declara el artículo 1634 y en forma redundante lo reitera y detalla el 1637 en estos términos: "Reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representados; los albaceas que tuvieran este cargo especial o la tenencia de los bienes del difunto; los maridos por sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de estas; los padres de familia por sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos públicos, por el fisco o las respectivas comunidades o establecimientos; y las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello".

Como los precitados textos legales hablan de la autorización judicial para recibir el pago, algunos de sus comentaristas presuponen que en tales textos se halla establecida la representación judicial como categoría distinta de la legal y de la voluntaria, y así se esfuerzan por averiguar quiénes serían esos repre-

[18] Ibídem, ob. cit., t. XI, núms. 1126 y ss., págs. 393 y ss., y t. XII, núm. 1347, pág. 64.

[19] Véase núm. 288 supra.

sentantes judiciales, cuando lo cierto es que si la facultad de recibir por otro no se deriva de un acto jurídico, como lo es la que tienen el mandatario, el albacea con tenencia o administración de bienes, el administrador de una sociedad, etc., dicha facultad siempre encuentra su fundamento en la ley, v. gr., la que esta le confiere a los padres respecto del hijo de familia, a los guardadores de los incapaces, a los curadores de bienes, a los liquidadores en procesos concursales, a los secuestres, etc. De suerte que dicha facultad no emana de la designación judicial de algunos de estos representantes legales, sino de la propia ley, que se la atribuye a los así designados[20]. En todo caso, lo importante es que estos representantes, llámeseles legales o judiciales, están legitimados para recibir válidamente el pago en nombre del acreedor, con los mismos efectos que el que se le haya hecho directamente a este.

515. c) El pago al representante voluntario del acreedor.—Comprende esta categoría a quienes derivan su facultad para recibir el pago de un acto jurídico otorgado por el acreedor, como el albacea con administración y tenencia de bienes, quien la recibe del testador, y, en general, los mandatarios de dicho acreedor. Todos estos son diputados voluntarios para el cobro y reciben válidamente el pago a términos del artículo 1634.

Ahora bien, esta diputación para el cobro, según las reglas generales que reproduce el artículo 1638, puede emanar de un mandato general para la administración de todos los negocios del acreedor, o de un mandato especial para determinado o determinados negocios suyos, o, en fin, de un mandato específico para el cobro del crédito de que se trata. El mandato general y el especial para uno o más negocios del acreedor implican naturalmente, vale decir, por presunción legal de la voluntad del mandante, la facultad de cobrar los créditos de este y de ejercer las acciones pertinentes, desde luego en cuanto dichos créditos pertenezcan al giro ordinario de los negocios encomendados (art. 2158), y en cuanto el mandato no contenga restricción expresa al respecto, la que desvirtuaría la referida presunción legal (art. 2157), es decir, que ya no podría decirse que el mandatario tiene la libre administración (art. 1638). El mandato específico, según quedó enunciado, es el conferido para el solo cobro del crédito. Dada la singularización de su objeto, esta especie de mandato no se presume, sino que la facultad de recibir el pago debe ser expresa, salvo disposición legal en contrario. Así, el poder del acreedor para demandar en juicio al deudor no envuelve la facultad de recibir (art. 1640). Por el contrario, el poder especial para vender, sí comprende el de la percepción del precio (art. 2168), autorización esta que, por ser de excepción, no es aplicable a aquellos otros contratos para cuya celebración se haya otorgado mandato específico.

[20] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1349, págs. 65 y 66; y Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 471, pág. 289.

516. La capacidad del diputado para recibir el pago.—Condición general de todo acto jurídico es la capacidad legal de los agentes (art. 1502); luego es claro que para que valga el mandato para recibir el pago, sea este general, especial o específico, se requiere que el acreedor mandante tenga la libre administración de sus bienes. Si carece de ella, no puede recibir directamente y, en consecuencia, tampoco puede hacerlo por intermedio de un mandatario. Así, por ejemplo, el menor o el interdicto no pueden diputar a un tercero, aunque este sea capaz, para recibir un pago que estaría sujeto a las mismas reglas sobre la nulidad y excepciones que sobre esta establece la ley respecto del pago hecho directamente al acreedor incapaz. Y lo propio puede decirse del pago hecho al diputado de un acreedor que no puede recibirlo directamente por causas distintas de su incapacidad, como el embargo del crédito o la liquidación obligatoria del deudor.

En cambio, como en la representación los efectos del acto se trasladan al representado y no se radican en el representante, la diputación para el cobro puede conferírsele a un menor. No es de recibo el criterio que pretende fundarse en la redacción del artículo 1639, conforme al cual la diputación para el cobro podría conferírsele a cualquier persona que no tenga la administración de sus bienes, como a un demente o un interdicto, y que el pago a esta persona siempre sería válido. El artículo 2154 solamente predica la validez de los actos del mandatario menor. Y de la mujer casada (quien hoy es capaz), y el 2189, en concordancia con el 1644, dispone que "El mandato termina: ... 6º) por la quiebra o insolvencia del uno o del otro; 7º) por la interdicción del uno o del otro [del mandante o del mandatario]". Por consiguiente, para la validez del pago hecho al diputado se requiere que este, en el momento de recibirlo, no se encuentre en las circunstancias contempladas en este artículo y que le pone fin al mandato, sin perjuicio de la excepción de validez de tal pago establecida por la ley a favor del deudor que paga de buena fe, pese a la expiración del mandato.

517. La terminación del mandato.—La diputación debe existir en el momento de celebrarse el acto llamado a producir efectos respecto del mandante. Por consiguiente, la validez del pago hecho al mandatario está condicionada a la subsistencia de la diputación (arts. 1641 y 1644).

518. 1) La muerte del diputado.—El mandato es un contrato intuitu personae y, por ello, termina por la muerte del mandante o del mandatario (art. 2189, 5º). De ahí que el artículo 1641 preceptúe: "La facultad de recibir por el acreedor no se transmite a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, a menos que lo haya así expresado el acreedor".

519. 2) La revocación.—Por la misma razón de ser el mandato un contrato celebrado en consideración a las partes, el mandante puede revocarlo en cualquier momento (art. 2189, 3º). Así, la revocación por el acreedor le pone

fin a la diputación para recibir el pago, salvo los casos que adelante veremos, en que dicha diputación ha sido pactada entre el acreedor y el deudor.

520. 3) Vencimiento del término.—El mandato finaliza por la expiración del plazo que se haya señalado para su duración (art. 2189, num. 2), causal aplicable a la diputación para recibir el pago.

521. 4) La condición resolutoria.—Lo dicho antes respecto del plazo extintivo es pertinente a la condición resolutoria del mandato, como cuando este se ha conferido mientras el acreedor está ausente (art. 2189, num. 2).

522. 5) La inhabilitación del diputado.—Visto está que la diputación para recibir el pago puede conferirse a cualquier persona, aunque esta sea un menor no habilitado de edad, según se desprende de la concordancia entre el artículo 2154, general para el mandato, y el 1639, especial para dicha diputación. De otro lado, el artículo 1644, que también es aplicación del 2189, numerales 6 y 7, sobre la terminación del mandato, preceptúa: "La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber pasado a potestad del marido[21], por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general, por todas las causas que hacen expirar un mandato". De la interpretación conjunta de los textos legales aquí citados resulta que las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 1644 operan, tanto cuando ellas existen al tiempo de conferirse la diputación, como cuando sobreviene con posterioridad a tal momento.

523. Efectos de la terminación del mandato.—El pago hecho a la persona diputada por el acreedor es tan válido como el que recibe el acreedor mismo (art. 1634). Pero si la diputación ha terminado, el diputado deja de estar legitimado para recibir y, por ende, el pago que se le haga es inválido (art. 1635). Sin embargo, esta conclusión no es absoluta porque, según lo hemos visto[22], el pago a personas no legitimadas se consolida retroactivamente: 1º) cuando el acreedor que tiene la administración de sus bienes ratifica el pago, y 2º) cuando quien recibe el pago es sucesor en el crédito a título universal o singular. Constituye también excepción a la invalidez del pago hecho al ex diputado para recibirlo la consagrada en el inciso 2º del artículo 2199, que dispone: "Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice". Contempla este texto el problema que se le presentaría al deudor que habiendo sido no-

[21] Actualmente el matrimonio no incapacita a la mujer.

[22] Véase núm. 507 supra.

tificado del mandato general, especial o específico conferido por su acreedor, ignora la terminación del mandato y de buena fe le paga al ex mandatario. Pues bien, la ley protege esta buena fe, declarando la validez de dicho acto, para lo cual se funda en la culpa en que incurre el acreedor al no haber tenido el cuidado de comunicarle al deudor la terminación del mandato. Desde luego, si el deudor conoce este hecho, ya no es de buena fe y el pago que le haga al diputado es inválido. Pero, al contrario, si ignora la revocación del acreedor, o el vencimiento del plazo extintivo, o el acaecimiento de la condición resolutoria, o la inhabilitación del diputado, el pago a este es válido.

Según la doctrina, al pago hecho al ex mandatario es aplicable la excepción de validez establecida por la ley para el pago a terceros no legitimados para recibirlo o al acreedor que no tiene la administración de sus bienes, cuando tal pago ha aprovechado a dicho acreedor, como cuando su producto se ha invertido en el pago de una deuda suya, o en la reparación de su casa, o en cosa que le sea útil y, por ende, la enriquezca[23].

524. La diputación por el acreedor y el deudor.—A ella se refieren los artículos 1642 y 1643 del Código Civil que excluyen o, mejor aún, condicionan la facultad que normalmente tiene el acreedor para revocar el mandato para recibir el pago. "La persona designada por ambos contratantes para recibir —dice el art. 1642—, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, puede ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello". La persona así diputada conjuntamente por las partes puede ser no ya un simple mandatario del acreedor, sino que su designación obedece también al interés que tenga el deudor en poder liberarse de su obligación pagándole a esa persona en vez del acreedor. Trátase, entonces, de una condición del contrato, de la que no puede desligarse unilateralmente dicho acreedor (art. 1602). Mas, el artículo 1642 admite que la presunción del interés que tenga el deudor puede ser desvirtuada judicialmente.

Caso análogo al anterior contempla el artículo 1643: "Si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo, o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido. Y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor o que pruebe justo motivo para ello". Entonces, la diputación también tiene vigor de ley contractual y, por ello, el acreedor no puede revocarla unilateralmente, prohibiéndole al deudor que le pague al diputado, a menos que aquel pruebe justo motivo para ello, como sería, por ejemplo, la infidelidad del diputado en el manejo de otros negocios del acreedor o de terceros. Además, como el acreedor conserva en este caso su facultad de cobrar directamente la deuda, si lo hace por las vías procesales, lógico es también que desde que haya propuesto su acción pueda prohibirle al deudor que le pague al diputado, ya

[23] Véanse núms. 507 y 511 supra.

que, de no ser así, dicho acreedor podría recibir perjuicios al resultar enervada su acción por la excepción de pago, perdiendo las expensas judiciales hechas y hasta quedando expuesto al pago de costas.

525. d) El pago al poseedor del crédito.—Conforme al inciso 2º del artículo 1634, "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

526. Requisitos.—Dos son, pues, las condiciones para la validez del pago a que este texto se refiere: 1ª) que el accipiens esté en posesión del crédito, y 2ª) que el deudor le pague de buena fe.

527. 1) Ser el "accipiens" poseedor del crédito.—Entiéndese por tal el acreedor aparente, aquel que en el momento de verificarse el pago tiene la calidad de acreedor, aunque después la pierda, como el heredero putativo que después resulta desalojado por un heredero de mejor derecho, o como el tenedor de un título de crédito al portador, quien se presume dueño del título, aunque en realidad no lo sea.

528. 2) Que el "solvens" pague de buena fe.—La validez del pago al poseedor del crédito también está condicionada a que el solvens, deudor o persona que obra por él, esté de buena fe, condición que para el efecto consiste en la creencia de que el poseedor del crédito es su verdadero dueño. Es esta buena fe la que justifica el pago, aunque dicha creencia sea exclusivamente suya, vale decir, aunque todas las demás personas sepan que el acreedor putativo no es el verdadero titular del derecho.

Esta última precisión se hace para rechazar la opinión generalizada en la doctrina, según la cual la validez del pago en este caso se fundaría en la máxima error communis facit ius que algunos llegan a atribuirle al derecho romano[24].

[24] La paternidad de esta máxima, e inclusive su propia denominación, corresponde a los glosadores y canonistas medievales, quienes la inventaron a manera de principio general del derecho, por extravagante extensión de una sentencia de Ulpiano en la cuestión de derecho público que se suscitó por la elección inválida del esclavo prófugo Barbarius Philippus como pretor romano. La cuestión consistió en determinar si los actos cumplidos por dicho esclavo, inelegible para el cargo mencionado, eran nulos o, por el contrario, válidos. Ulpiano se pronunció por la afirmativa, por ser esto más humano y por depender también de la voluntad del pueblo elegir a su arbitrio a una persona libre o esclava (L. 3, tít. 14, De officio pretorum, lib. 1, Digesto). Pero de ahí a suponer con los canonistas y glosadores que los jurisconsultos romanos, tan celosos del respeto a la ley que ellos consideraron piedra total de la salud pública, hubieran adoptado la solución de Ulpiano como una regla general de derecho, hay un abismo de inexactitud. Otras máximas, que sí son auténticamente romanas, implican precisamente el repudio de esa idea extravagante de que la ignorancia o el error pudieran prevalecer sobre la

La validez del pago al poseedor del crédito se funda, según quedó dicho, en la buena fe del solvens, en su creencia de pagarle al acreedor verdadero, aunque tal creencia sea exclusivamente suya y no común. Así lo entendieron los redactores del Código francés, quienes rechazaron la máxima del error communis y, sin embargo, establecieron la misma solución de nuestro artículo 1634, invocando solamente la buena fe del solvens, como también la culpa del acreedor verdadero que no se da a conocer oportunamente y deja que otro tome su lugar[25].

A propósito del pago de buena fe al poseedor del crédito, estimamos nosotros que es válido el que se le hace a quien ostenta la calidad de cesionario, siendo falsificada la cesión, porque el artículo 1634 no distingue entre el poseedor regular y el irregular como lo sería el falsario, sino que atiende, se insiste una vez más, a la buena fe de quien paga creyendo que el accipiens es el verdadero propietario[26]. Caso bien distinto es el del falso mandatario, porque este no es poseedor del crédito, luego no se le puede aplicar la regla de excepción del artículo 1634. Además, tratándose de un mandato que el acreedor debe comunicarle al deudor, este corre el riesgo por la culpa en que incurre al no cerciorarse de la autenticidad del mandato. El fraude que así induce a pagar es obra del falsario, contra quien tiene acción indemnizatoria la persona que sufre perjuicio al pagar mal (art. 2341), sin que sea de recibo el traslado de esta responsabilidad al acreedor, quien no ha incurrido en falta alguna, directa ni indirecta.

IV. Cómo debe hacerse el pago

529. Precisión.—"El pago efectivo es la prestación de lo que se debe" declara el artículo 1626 del Código Civil. Paga en debida forma el deudor que ejecuta a cabalidad la prestación a su cargo: que hace tradición o simple entrega de la cosa que se ha obligado a dar o a entregar, respectivamente; o que ejecuta cumplidamente el hecho material o inmaterial que se le ha impuesto; o que se abstiene de realizar el hecho prohibido. Tal es lo que quiere significar el artículo 1627 al expresar: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes...". Esta fórmula es defectuosa porque parece restringir el principio de la plenitud y perfección del pago a las obligaciones emanadas de un acto o contrato cuyo tenor habría de consultarse para juzgar si dicho pago reúne o no

---

ley o justificar su quebranto, por ejemplo las siguientes: dura es la ley, pero es la ley (dura lex sed lex); la ignorancia de la ley no excusa (legis ignorantia non excusat); el error de derecho perjudica (iuris error nocet).

[25] "La equidad quiere que el pago sea válido cuando, habiendo sido hecho de buena fe por el deudor a quien estaba en la posesión del crédito, este deudor tenía justo motivo para considerarlo como el acreedor verdadero", decía Bigot Préameneu, en Exposée de motifs, Locré, t. xii, núm. 118.

[26] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1372, pág. 81.

tales características, cuando lo cierto es que toda obligación, cualquiera que sea su fuente, debe cumplirse a cabalidad, en forma tal que consulte la finalidad del vínculo obligatorio, cual es la cumplida satisfacción del derecho del acreedor.

530. Qué se debe pagar.—Un corolario natural del principio que requiere la cabal ejecución de las obligaciones para que estas se reputen debidamente pagadas, es el que enuncia el inciso 2º del artículo 1627: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida".

531. Excepciones legales.—El colon final del inciso 1º del artículo 1627 deja a salvo los casos en que la ley expresamente autorice que el pago de la prestación debida se realice mediante la ejecución de otra distinta, v. gr., el de que en un acto jurídico, como el testamento o el contrato, al atribuírsele un derecho a una persona, se le imponga también un modo, consistente en la obligación de darle una destinación especial o en una carga (art. 1147). Así, el testador, el donante o el vendedor puede imponerle al asignatario, al donatario o al comprador, respectivamente, la obligación de destinar el inmueble materia del acto al funcionamiento de un colegio, o la de darle a un tercero una cantidad de dinero o un caballo. Estas obligaciones, impropiamente denominadas modales aun por el mismo código[27], pueden ser cumplidas por equivalencia, esto es, mediante la ejecución de una prestación distinta de la que constituye su objeto. A términos del inciso 2º del artículo 1151, "si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados".

532. Excepciones convencionales.—También se suelen citar como casos de excepción legal al comentado principio, el de las obligaciones facultativas y

[27] El título IV del libro IV se denomina "De las obligaciones condicionales y modales" y en su contenido se limita a preceptuar en el artículo 1550 que "las disposiciones del título 4º, del libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes". No hay tales obligaciones modales. Las cargas impuestas por un acto jurídico, como la de destinar el inmueble vendido a una finalidad especial o la de pagarle una suma de dinero a otra persona, no son modos que afecten una obligación, sino el derecho que adquiere el deudor, como el dominio que se le transfiere o transmite sobre el edificio con la obligación de destinarlo al funcionamiento de un colegio. De ahí que en las clasificaciones de las obligaciones hayamos omitido las impropiamente llamadas obligaciones modales y que al tratar de las obligaciones propter rem hayamos conceptuado que a esta categoría, que se caracteriza por la subordinación de la obligación a un derecho, pertenecen las dichas obligaciones modales. (En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 490, pág. 298).

el de la dación en pago. No compartimos esta opinión, porque la autorización que el deudor tiene en estos casos para liberarse cumpliendo prestación distinta de la debida no emana de la ley sino del convenio entre el deudor y el acreedor. Así, pueden ellos pactar de antemano esa facultad para el deudor, con lo cual la obligación se hace facultativa, o pueden en el momento mismo del pago convenir que este se haga en dicha forma, configurándose una dación en pago.

533. La indivisibilidad del pago.—Así mismo, es consecuencia del referido principio del cumplimiento cabal de las obligaciones la enunciada en el artículo 1649: "El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

"El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

La regla transcrita, pese a su deficiente formulación que la restringe a las obligaciones de dar o entregar cosa, es igualmente de alcance general: quien debe un hecho, como la construcción de una casa de habitación para el acreedor, no puede obligar a este a recibirla por partes, etc. También omite este texto el aspecto inverso, es decir, el de que el acreedor no puede obligar al deudor a pagar por partes, aun con el pretexto de que ello sea beneficioso para este. Así como el acreedor puede sufrir perjuicio con la satisfacción fraccionada de su derecho, el pago en igual forma puede resultar más gravoso o inconveniente para el deudor, como porque continúen corriendo a su cargo los intereses de los saldos insolutos de la obligación. Impónese, entonces, la regla del pago integral como la que mejor consulta la finalidad del vínculo obligatorio, desde luego sin perjuicio de convenio en contrario o de excepción legal.

Tal es el principio de la indivisibilidad del pago que, según se desprende del tenor literal del artículo 1649, solo se refiere a las obligaciones que versen sobre prestación naturalmente divisible y en que haya un solo acreedor y un solo deudor. Si A le debe a B mil pesos, el pago de esta suma es indivisible conforme al citado artículo; si la prestación por su naturaleza no admite división, como si se trata de la entrega de un caballo o de la abstención de un hecho, el pago por el deudor necesariamente tiene que ser también integral.

Ahora bien, si los acreedores, o los deudores, o unos y otros son varios, el pago se rige por otras reglas distintas de la sentada por el artículo 1649, esto es, que en ese caso este texto no es el pertinente. Así, siendo naturalmente divisible la prestación de pagar mil pesos, si la obligación es a cargo de dos o más deudores o en favor de dos o más acreedores, en forma tal que cada uno de los primeros sea obligado solamente a pagar su parte o cuota en la deuda o que cada uno de los segundos apenas tenga derecho a una cuota o parte en el crédito, trátase de una obligación conjunta que se rige por los artículos 1568 y 1583. Si hay varios deudores solidarios, cada uno de estos debe pagarle in

solidum los mil pesos al acreedor único o a cualquiera de los acreedores solidarios, o las cuotas correspondientes a los acreedores no solidarios. Y si se ha estipulado la indivisibilidad de la obligación, pese a que el objeto de esta naturalmente admita división entre los varios deudores o los varios acreedores, este pacto obsta el pago parcial por virtud de la ley contractual que transforma en indivisible la prestación que no lo es (art. 1584).

La indivisibilidad del pago, a términos del inciso 2º del citado artículo 1649, cobija los intereses e indemnizaciones debidas. El acreedor o los acreedores no pueden ser obligados a recibir separadamente el principal de la deuda y los intereses insolutos de ella, sino que el pago de aquel y de estos debe ser total, regla que se aplica igualmente a las indemnizaciones accesorias, v. gr., a la pena pactada, sin perjuicio de la obligación principal o de la indemnización a que dé lugar el incumplimiento de esta.

534. Excepciones a la indivisibilidad.—El principio de la indivisibilidad del pago de las obligaciones de prestación divisible y sujetos simples admite excepciones, según lo advierte el propio artículo 1649, determinadas por la convención en contrario o por disposiciones especiales de la ley.

535. a) Excepciones convencionales.—Las soluciones que ofrece el artículo 1649 son supletivas de la voluntad de los interesados, quienes pueden modificarlas a su mejor conveniencia, bien sea en el momento de pactar la obligación, o bien mediante una convención posterior, como lo es el pago mismo. Así, en cualquier momento el acreedor y el deudor pueden estipular que el pago de la deuda y de sus accesorios se haga separadamente, o por cuotas o instalamentos, o el acreedor puede recibirlo así.

A esta modalidad convencional del pago por partes se refiere el artículo 1651 del Código Civil, cuyo primer colon establece norma supletiva para el caso en que los interesados hayan guardado silencio acerca del modo de la división de la deuda pactada a plazos. Dice así la mencionada norma: "Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales...". Y en seguida agrega, incurriendo en redundancia: "a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo". También expresa innecesariamente el artículo 1652 de la misma obra: "Cuando concurran entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon, podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros". De este texto legal importa sí resaltar que, refiriéndose a obligaciones a plazos, vale decir, por cuotas o instalamentos, está autorizando el pago separado de uno solo de estos, aunque ya sean exigibles varios de ellos o todos los restantes.

536. b) Excepciones legales.—Varias son ellas:

1ª) La que establece el artículo 1650: "Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada". Trátase, por ejemplo, del diferendo que se suscita entre quien debe rendir cuentas y quien tiene derecho a exigirlas, cuando este último las objeta por considerar que el saldo a cargo del cuentadante es mayor, por causa de inexactitud, o de la omisión o inclusión indebida de ciertas partidas. En tal caso, el juez puede ordenar el pago de la cantidad no disputada, mientras se decide lo pertinente a la parte controvertida.

2ª) La compensación de obligaciones obra por ministerio de la ley hasta concurrencia del monto de la menor, de donde puede resultar que el acreedor de la mayor tenga que recibirla por partes: la compensada por la ley y el saldo insoluto.

3ª) Sufre también excepción la regla de la indivisibilidad del pago en los casos de prorrateo del producto de la venta de los bienes del deudor entre dos o más acreedores, como puede suceder en el concurso de acreedores y en la quiebra de los comerciantes.

4ª) El beneficio de competencia, que es el que la ley concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que puedan, dejándoles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia (art. 1684 y ley 95 de 1890, art. 14). Por tanto, este beneficio puede conducir a la división del pago.

5ª) El acreedor tiene derecho a exigir el monto total de su crédito al deudor principal o a los codeudores solidarios. Pero si la obligación ha sido garantizada por dos o más fiadores, al gozar estos del beneficio de división, dicho acreedor no puede exigirle a cada uno de ellos sino la cuota que le quepa (art. 2392), pudiéndose producir entonces la división del pago.

537. Reglas especiales de ciertas obligaciones.—El pago de ciertas obligaciones ofrece aspectos especiales en razón de la naturaleza de ellas, que determinan reglamentaciones también especiales. Tal sucede respecto de las obligaciones de dar o entregar especies o cosas de género y respecto de las de pagar dinero.

538. a) Obligaciones de especie.—Cuando el objeto de la obligación consiste en la dación o entrega de especie o cuerpo cierto, entran en juego dos principios distintos, a saber: tal clase de obligaciones le imponen al deudor el deber de conservar la cosa, en forma tal que si esta perece o se deteriora por su culpa o aun por caso fortuito de que deba responder, la pérdida o el deterioro son de su cargo; pero, por el contrario, si la cosa perece o se deteriora por caso fortuito de que el deudor no sea responsable, el riesgo corre por cuenta del acreedor, como consecuencia de la máxima res perit creditore.

Desde luego, en materia del pago de las obligaciones de especie queda descartada la hipótesis de la pérdida de la cosa debida porque, entonces, el pago se hace imposible y la obligación se extingue por modo distinto de este, trasladándose la cuestión al campo de la responsabilidad civil para averiguar si se ha generado o no a cargo del deudor una obligación diferente, cuyo objeto es la indemnización de los perjuicios sufridos por el acreedor. Y a la inversa, subsistiendo la cosa debida, pero encontrándose deteriorada al tiempo del pago, sí cobra importancia la determinación de las relaciones entre el deudor y el acreedor en presencia de tal circunstancia. Pues bien, el artículo 1648 regula esta situación, aplicando para el efecto los principios generales antes enunciados: "Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes este es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

"En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

"Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño".

Tiénese, entonces, que las reglas aplicables al pago de las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto, tocantes a los deterioros que este presente al tiempo de dicho pago, son las siguientes:

1ª) Si los deterioros provienen de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes este es responsable, o estando él mismo constituido en mora, a menos, en este último caso, que los daños provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor, este, en principio, no está obligado a recibir la cosa y puede pedir la resolución del contrato, desde luego si la obligación es contractual, y la indemnización de perjuicios.

Decimos que el acreedor no está obligado, en principio, a recibir la cosa dañada, porque si, según lo expresa el artículo comentado, el deterioro no pareciere de importancia, lo que ha de entenderse a discreción del juez, dicho acreedor sí puede ser obligado a recibir y a contentarse con la indemnización de perjuicios. Esta última es también la solución para el caso de que el acreedor se allane a recibir, conformándose con dicha indemnización.

Importa agregar, respecto de las precitadas reglas, que se presume la culpa del deudor por los deterioros de la cosa y que este también responde de los casos fortuitos que voluntariamente haya asumido.

2ª) Si los deterioros provienen de un caso fortuito o fuerza mayor de que el deudor no deba responder, circunstancia que cobija el hecho de terceros, el riesgo es de cargo del acreedor, quien, por tanto, debe recibir la cosa en el estado en que se halle y exigir que el deudor le ceda la acción contra el autor del daño.

539. b) Obligaciones de cosa de género.—Como en estas lo debido es un individuo indeterminado de una clase o género determinado (art. 1565), síguense las siguientes reglas en cuanto al pago de aquellas:

1ª) El acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo del género, y el deudor se libera entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1566). Así concilia la ley los intereses opuestos del acreedor y del deudor. A manera de excepción, el artículo 2221 establece respecto del mutuo o préstamo de consumo que "El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad". Conforme a este precepto, pudiéndose establecer la calidad de las cosas fungibles prestadas, el pago de ellas deberá hacerse con otras de igual calidad, sea esta superior o inferior a la mediana.

2ª) En principio, el deudor de cosas de género no tiene el deber de conservación que sí compete al deudor de especie o cuerpo cierto. Pero, excepcionalmente, puede ocurrir que aquel sí contraiga dicho deber, cual sucede en el caso de que el género se limite por el acto jurídico (genus limitatum), como cuando el deudor se obliga a dar uno de los caballos reproductores de su caballeriza. En tal caso, debe conservar a lo menos uno de tales semovientes, obligación que se hace extensiva a todos ellos, si se le ha dado al acreedor la facultad de elección[28].

De lo dicho resulta que en estos casos de excepción son aplicables al pago de las obligaciones de género las reglas que el artículo 1648 consagra en materia de deterioros respecto de las obligaciones de especie o cuerpo cierto.

V. Dónde debe hacerse el pago

540. Importancia de la cuestión.—El lugar donde debe hacerse el pago no solamente tiene interés para determinar la validez de la oferta que para el efecto formule el deudor al acreedor y del cobro que este le haga a aquel, sino también para fijar la competencia del juez que haya de conocer del juicio que se ventile con motivo del incumplimiento de la obligación o del de pago por consignación que promueva el deudor.

De conformidad con las reglas que al respecto establecen los artículos 76 y siguientes, 1645 a 1647 del Código Civil, a cuyo examen nos limitaremos aquí, para no extendernos en cuestiones tocantes con la competencia judicial y

[28] Véase núm. 437 supra.

el procedimiento civil, hay que distinguir para determinar el lugar donde debe hacerse el pago, si dicho lugar ha sido señalado por los interesados o si estos han guardado silencio, caso en el cual lo fija la ley.

541. a) Domicilio convencional para el pago.—A tenor del artículo 85 del Código Civil: "Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato". Aplicación concreta de esta regla general es la que para el pago establece el artículo 1645, ibídem.

Tiénese, por consiguiente, que la ley contractual determina, en primer término, el lugar donde debe hacerse el pago de la obligación. Si los interesados han señalado un domicilio especial para todos los efectos extrajudiciales del contrato, o solo para el pago de alguna o algunas de las obligaciones que este genera, el deudor y el acreedor, salvo el caso de que posteriormente convengan otra cosa, deberán atenerse a dicha estipulación[29].

542. b) Domicilio legal para el pago.—Si los contratantes hubieren guardado silencio acerca del lugar donde deba cumplirse la obligación, o si esta fuere de origen extracontractual, se aplican las reglas de los artículos 1646 y 1647 del Código Civil, a saber:

1ª) Si "se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación" (art. 1646, inc. 1º). Así, si por un contrato celebrado en Bogotá me he obligado a dar o a entregar determinado automóvil que entonces tenía en Cali, esta última ciudad es el domicilio legal para el pago, aunque el personal mío sea Bogotá. Y, con mayor razón, esta es la solución ineludible cuando el objeto de la obligación es un inmueble, pues la ubicación de este determina el círculo de registro para efectuar su tradición simbólica, y, desde luego, el lugar de la entrega.

2ª) "Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor" (art. 1646, inc. 2º). Al referirse este texto legal a "otra cosa", por contraposición a cuerpo cierto, cuyo pago debe hacerse en el lugar en que este existía al constituirse la obligación, según quedó dicho, la regla transcrita no se contrae a las obligaciones de dar o de entregar cosas de género, esto es, individuos indeterminados pertenecientes a cierta clase determinada, como trigo, vino, etc., sino que la palabra cosa está tomada en su acepción de algo, según la emplea el Código en otras disposiciones, por ejemplo, en el artículo 1495, el cual define el contrato, diciendo: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa ...". Significa esto

[29] Nótese que hemos circunscrito el domicilio contractual para el pago, al caso de que este se realice extrajudicialmente, porque el art. 23 del C. de P. C. le negó la eficacia a dicha estipulación para fines judiciales.

que el alcance de la regla que se examina estriba en que el domicilio del deudor al tiempo de constituirse la obligación es el domicilio legal para el pago de ella, sea esta de dar, de hacer o de no hacer, salvo el caso de que su objeto sea un cuerpo cierto. Corrobora este aserto lo dispuesto por el artículo 1647: "Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre este en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa". Así, no importa que el cuerpo cierto mueble se haya llevado a otro sitio, ni que el acreedor o el deudor hayan cambiado de domicilio. Estas mudanzas no alteran el domicilio legal para el pago, desde luego sin perjuicio de convención en contrario entre los interesados, hipótesis que comprende el caso de que la obligación solo pueda cumplirse en determinado lugar, porque entonces el domicilio del pago está implícito en la forma en que la obligación ha sido pactada.

Pero a este respecto surge otra cuestión. Si la regla general, salvo la excepción relativa al cuerpo cierto, es la de que el pago se verifique en el domicilio que tuviera el deudor al constituirse la obligación, ¿dónde debe hacerse dicho pago cuando el deudor tenía entonces varios domicilios: su hogar doméstico estaba en Bogotá, donde ejercía habitualmente su profesión u oficio (C. C., art. 78), y, a la vez, tenía en Barranquilla, tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona (C. C., art. 80), o le manifestó al alcalde de dicha ciudad su intención de avecindarse en ella (C. C., art. 82)? El Código Civil ofrece la solución en su artículo 83, que preceptúa: "Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo". De suerte que si el objeto de la obligación dice relación especial a alguno de los varios domicilios del deudor, este lo será para el pago. Y si no hay tal relación, el pago debe hacerse o podrá exigirse en cualquiera de dichos domicilios.

Como la residencia hace las veces del domicilio respecto de las personas que no lo tuvieren en otra parte (C. C., art. 84), en tal caso la residencia que tenía el deudor al constituirse la obligación sería el domicilio para el pago[30].

VI. Cuándo debe hacerse el pago

543. Remisión.—Ya, en ocasiones anteriores, se ha tratado esta cuestión, dejando aclarado que el deudor debe cumplir su obligación, no solo en la forma

[30] C. de Co., art. 876: "Salvo estipulación en contrario, la obligación que tenga por objeto una suma de dinero deberá cumplirse en el lugar de domicilio que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento. Si dicho lugar es distinto al domicilio que tenía el acreedor al contraerse la obligación y, por ello, resulta más gravoso su cumplimiento, el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor" (C. C., arts. 1645 a 1647).

debida, sino también oportunamente, circunstancia temporal que se determina según la naturaleza de la obligación. Así, si esta es pura y simple debe cumplirse, vale decir, pagarse, una vez nacida; si es condicional, al realizarse el hecho futuro e incierto condicionante; y si es a plazo, a la llegada del día o al realizarse el hecho futuro y cierto señalado como término para el cumplimiento. En tales casos la obligación es exigible y si el deudor no la paga incurre en retardo que lo expone a la ejecución coactiva y que, sumado a la reconvención, se convierte en mora, hecho este que apareja la acción indemnizatoria de los perjuicios causados al acreedor.

VII. La imputación del pago

544. Concepto.—La imputación del pago es la aplicación de la prestación cumplida a la obligación u obligaciones que están a cargo del deudor, y en favor del acreedor.

545. Importancia.—Cuando lo pagado es el cuerpo cierto debido, o el hecho o la abstención determinados que constituyen el objeto de una obligación, es obvio que el cumplimiento de tales prestaciones ha de tenerse como ejecutado para solucionar dicha obligación y no otra u otras a cargo del deudor.

Pero cuando la obligación es de género y tiene accesorios de la misma clase del principal, como cuando esta consiste en dinero y devenga intereses, surge ya el problema de determinar si la suma pagada se imputa primeramente a los intereses o al capital, o a la inversa. Y tal problema se complica aún más cuando a cargo del deudor y en favor del acreedor que recibe el pago existen dos o más obligaciones de género que versen sobre cosas de la misma clase; cuando A le debe a B $1.000, precio de una compraventa, y $ 500 recibidos en mutuo; o caballos, vino o trigo negociados separadamente. En estos casos es indispensable precisar a cuál de las obligaciones se imputa el pago para declararla total o parcialmente solucionada y para definir la situación de las restantes.

Para ir de lo simple a lo complejo, conviene estudiar por separado la imputación del pago a una obligación única, y la imputación de él cuando las obligaciones son varias.

546. a) La obligación es única.—La obligación tiene accesorios, como cuando A le debe a B $ 1.000 que devengan intereses convencionales, remuneratorios o moratorios, y el pago es insuficiente para cubrir el principal y sus intereses. Si el acreedor se allana a recibirlo o se ve obligado a hacerlo por ley, la imputación se hace primeramente a los intereses y el saldo al capital (art. 1653), pues, de no hacerse así, el acreedor sufriría perjuicios, ya que el capital devenga intereses, y estos no por prohibición legal (art. 1617). Desde luego, el acreedor puede convenir en que la imputación se haga al capital (art. 1653),

y si este otorga al deudor carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen estos pagados (ibídem), presunción que, por ser legal, admite prueba en contrario.

547. b) Existen varias deudas.—Para que se suscite problema respecto de la imputación del pago insuficiente para cubrir las varias deudas a cargo de un mismo deudor y en favor de un mismo acreedor, se requiere que estas sean de un mismo género o clase, porque, de no ser así, como cuando A le debe a B dos caballos, 100 cargas de trigo y $ 1.000, claramente el pago de cualquiera de estas prestaciones ha de imputarse a la obligación respectiva. Por el contrario, si las varias deudas son del mismo género, como cuando A le debe a B $ 1.000 dados en mutuo, y $ 500 precio de la venta de un caballo, el pago insuficiente que el acreedor recibe o tiene que recibir sí presenta complicaciones en punto de la determinación de la deuda a que dicho pago haya de aplicarse. Para resolver esta cuestión el Código Civil establece varias reglas, según la imputación corresponda al deudor, al acreedor o a la ley.

548. La imputación por el deudor.—A este le otorga la ley, en primer término, la facultad de hacer la imputación del pago (art. 1654). Teniendo el derecho de pagar por separado sus diferentes deudas en favor de un mismo acreedor (art. 1652), consecuentemente puede elegir entre ellas cuál quiere pagar primero[31]. Pero dicha facultad no es omnímoda, sino que está sujeta a restricciones impuestas en defensa del acreedor, a saber:

1ª) El deudor no puede, entre varias obligaciones, elegir una que sea mayor a sus disponibilidades para el pago de ella y sus accesorios.

Surge esta restricción del principio de que al acreedor no puede obligársele a recibir por partes lo que se le debe (art. 1649), y esto ocurriría si el deudor contase con lo necesario para solucionar una de sus deudas por principal y accesorios, pero pretendiese aplicar el pago a una de cuantía superior, por ejemplo, porque esta devenga mayores intereses que aquella otra. Si A le debe a B $ 1.000 y otros $ 10.000, no puede ser recibido a abonar los $ 2.000 de que dispone a la obligación de $ 10.000, sino que solo puede pagar la de $ 1.000.

2ª) Si de las varias deudas unas son ya exigibles y otras no, el deudor, sin el consentimiento del acreedor, no puede preferir la deuda no devengada a la que ya lo está (art. 1654).

Pero esta regla no es absoluta. Si la obligación es a plazo y este no ha vencido, por lo general el deudor puede renunciarlo, porque la ley presume que se ha establecido en beneficio de dicho deudor. Sin embargo, tal renuncia

[31] No es, pues, aceptable la restricción que, sin asidero legal alguno, subordina la facultad de elección del deudor a que las condiciones de las obligaciones sean iguales, por ejemplo, que no devenguen interés o que devenguen el mismo interés (sic. Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1441, págs. 158 y 159).

está prohibida cuando así se declara en el acto constitutivo de la obligación, o cuando la anticipación del pago le irrogue al acreedor un perjuicio que por medio del plazo este se propuso manifiestamente evitar, pues entonces se presume que el plazo se ha establecido en beneficio del acreedor, y al deudor no le es lícito renunciarlo. Tal sucede, por ejemplo, en el mutuo con interés, porque la renuncia priva al mutuante del derecho que tiene a devengar este interés y, por tanto, su consentimiento es necesario (arts. 15 y 1554).

Y si la obligación es condicional, el deudor tampoco puede elegirla para el pago pendente conditione, porque esta modalidad no solo afecta la exigibilidad sino también el nacimiento mismo de la obligación. Así, el acreedor no puede ser constreñido a recibir lo que todavía no se le debe, quedando expuesto a restituir lo pagado en caso de que la condición llegue a fallar.

En suma: la elección de la deuda, entre varias a que haya de imputarse el pago, corresponde, en primer término, al deudor, quien solo puede elegir aquella que con el pago quede totalmente solucionada por principal y accesorios, y que sea actualmente exigible o que, estando sujeta a plazo, este sea renunciable por dicho deudor. Cumpliéndose estos requisitos, el acreedor no puede negarse a recibir el pago, so pretexto de que el deudor ha preferido la obligación que devenga intereses a la que no los devenga o que devenga unos menores, o que el deudor ha elegido la deuda mejor garantizada respecto de otra que lo está menos o que no tiene garantía específica. Desde luego, estas reglas son de carácter supletivo y pueden ser variadas con el consentimiento del acreedor.

549. La imputación por el acreedor.—"Si el deudor no imputa el pago a ninguna [de sus deudas] en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después". Colígese de este texto legal que el deudor debe hacer la imputación del pago en el momento de realizarlo, pues de no hacerla, la facultad pasa al acreedor, quien puede, entonces, elegir entre las varias obligaciones y hacer dicha imputación en la carta de pago que, al ser aceptada por el deudor, a este ya no le será lícito reclamar después, salvo el caso —según las reglas generales sobre el consentimiento en las convenciones, como lo es la de pago— de que pruebe que su aceptación estuvo viciada por error, dolo o fuerza. Queda así definitivamente consolidada la imputación hecha por el acreedor con el consentimiento del deudor que acepta la carta de pago, solución legal esta que excluye las numerosas cuestiones que en el derecho antiguo se suscitaron acerca de cómo debía el acreedor hacer la imputación y qué limitaciones tenía al respecto.

De tales cuestiones, el artículo 1654 solamente deja viva la que se presenta cuando el deudor no acepta la carta de pago en que el acreedor haya hecho la imputación, lo que puede dar lugar a una controversia judicial, en la que prevalece la facultad de elección del deudor, siempre que no haya diferencia entre las obligaciones respecto a que unas sean exigibles y otras no, y a que

aquel no pretenda preferir alguna de estas, sin tener derecho a renunciar al plazo de que penda su cumplimiento (art. 1655).

Conclúyese de lo dicho que en realidad no existe el tal derecho opcional del acreedor para imputar el pago, porque para el efecto tiene que contar con el consentimiento del deudor, presumido por la aceptación de la carta de pago que la contenga. De no mediar esta aceptación, prevalece siempre la voluntad del deudor; luego es inexacto decir que en tal caso vuelva a él la facultad que ya había pasado al acreedor[32] (C. de Co., art. 881)[33].

550. La imputación por la ley.—Artículo 1655: "Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengado a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere".

Este texto legal tampoco tiene otro sentido que el de zanjar las antiguas discusiones acerca de la preferencia que en la imputación del pago se le debía dar, aun por el acreedor, a la deuda más gravosa para el deudor o a la más antigua, criterios estos que perduran en el Código francés (1256).

Ahora bien, la eficacia de la imputación legal solamente puede tener cabida cuando no hay constancia de que el deudor la haya hecho, ni aparece la aplicación del acreedor en la carta de pago, o esta no existe, y cuando, además, no hay controversia entre dichas partes, sino entre alguna de ellas y un tercero interesado en definir la cuestión, v. gr., el deudor que pretende incluir en su pasivo la deuda ya pagada, o el acreedor que pretende eludir la persecución de otro acreedor suyo sobre su crédito pagado o no por el deudor.

Si la controversia es entre el deudor de varias deudas y su acreedor, no hay tal imputación legal, porque a falta de imputación por el acreedor en la carta de pago o a falta de esta misma carta, siempre predomina la voluntad del deudor dentro de las restricciones que tiene señaladas para el efecto (arts. 1654 y 1655). Pero si tal controversia es entre alguno de aquellos y un tercero, sí corresponde al juez dirimirla, según los criterios de los artículos 1652 a 1655, de donde resulta que esta imputación legal o judicial obedece a las mismas reglas a que está sometida la que puede hacer el deudor. No hay, pues, tampoco soberanía de los tribunales para resolver al respecto[34].

[32] Sic. Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 512 F, pág. 315.

[33] C. de Co., art. 881: "Salvo estipulación en contrario, la imputación del pago se hará conforme a las siguientes reglas: Si hay diferentes deudas exigibles, sin garantía, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero si una de las deudas exigibles tuviere garantía real o personal, no podrá el deudor imputar el pago a esta sin el consentimiento del acreedor. El acreedor que tenga varios créditos exigibles y garantizados específicamente, podrá imputar el pago al que le ofrezca menos seguridades" (C. C., arts. 1653 a 1655).

[34] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. XII, núm. 1459, págs. 170 y 171.

VIII. Los gastos del pago

551. A QUIÉN CORRESPONDEN.—A tenor del artículo 1629 del Código Civil: "Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales".

Son gastos del pago los que ocasionen la ejecución voluntaria o coactiva de la obligación y la carta de pago. El pago puede ocasionar gastos, tales como los del transporte de la cosa debida, los de embalaje, carga, fletes, descarga, seguros. La carta de pago también puede causar gastos, como cuando se hace por escritura pública o hay lugar al reconocimiento de firmas.

Según el transcrito artículo 1629, tales gastos son de cuenta del deudor, salvo estipulación en contrario que los divida entre el deudor y el acreedor o que se los asigne a este.

Si el pago se hace por vía judicial, ha de estarse a lo que el juez resuelva sobre las costas del proceso, según las reglas pertinentes. A este respecto ha de tenerse también en cuenta que el artículo 1662 dispone que "las expensas de toda oferta y consignación válidas serán de cargo del acreedor".

IX. La prueba del pago

552. EL PRINCIPIO.—Según el principio general de que a quien propone una excepción le corresponde la carga de la prueba en que esta se funda, al deudor que alega haber pagado una obligación le corresponde acreditar este pago, bien sea con la carta o los recibos respectivos, o con otra prueba idónea para el efecto, como la confesión del acreedor.

553. LA PRESUNCIÓN DE PAGO.—En punto de pensiones, cánones o rentas periódicas, el artículo 1628 establece la siguiente presunción: "En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor". De suerte que al deudor, para establecer su liberación respecto de las obligaciones periódicas anteriores a las tres últimas, le basta acreditar el pago de estas. Pero la presunción es legal y, por tanto, admite prueba en contrario, la cual debe suministrar el acreedor.

Además la referida presunción del artículo 1628 encuentra sus orígenes en una ley del emperador Marciano, año 456, referente a las contribuciones pagadas a los recaudadores públicos, y, por este origen y por su posterior tradición histórica, debe aplicarse en este campo, donde es frecuente que la desorganización de las dependencias oficiales someta a los contribuyentes a la odiosa necesidad de conservar de por vida todos los recibos de sus impuestos[35].

[35] Véase a CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1432, págs. 154 y 155.

Capítulo III

EL PAGO CON SUBROGACIÓN

I. Generalidades

554. Concepto general de la subrogación.—Una vez más nos referimos a este concepto. En general, la subrogación consiste en la sustitución jurídica de una cosa por otra, o de una persona por otra. Si lo primero, se dice que la subrogación es real; si lo segundo, que es personal.

555. La subrogación real.—En el campo de las obligaciones se ofrece cuando, sin mediar novación, el derecho crediticio correlativo a la deuda se satisface con una prestación distinta de la debida. Así, es ejemplo típico de la subrogación real el de la indemnización compensatoria por el incumplimiento de una obligación. La prestación objeto de esta es reemplazada por la indemnización que satisface, por equivalencia, el derecho del acreedor. Otro tanto sucede en la obligación facultativa cuando se paga la prestación liberatoria autorizada para el efecto (in facultate solutionis), en vez de la prestación debida (in obligatione). Quien debe un caballo, pero está facultado para pagar, en su lugar, $ 1.000, y así lo hace, sustituye el semoviente por el dinero. Caso análogo a este es el de la dación en pago, en el cual la subrogación real del objeto de la obligación tiene efecto, no en virtud de un convenio previo en que esta se haya pactado como facultativa, sino en el momento de realizarse el pago, cuando el acreedor acepta que se le pague una prestación distinta de la debida. En los derechos reales, la subrogación real se encamina de ordinario a evitar la confusión de patrimonios que la ley quiere mantener separados. Así, ejemplo de esta especie de la subrogación real es el del reemplazo de un inmueble propio de la mujer casada por otro bien de la misma clase que ella adquiere con el producto de la venta de aquel. La subrogación entre dichos bienes evita que el nuevo bien así adquirido entre a formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio propio de la cónyuge.

556. La subrogación personal.—Hay lugar a ella en todos los casos en que una persona reemplaza a otra en uno o más derechos u obligaciones. Aquí la expresión subrogación, de uso más bien reciente, equivale a la de sucesión que fue la empleada por los romanos. En este sentido lato los herederos se subrogan al difunto, pues le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. El causahabiente a título singular, como el comprador, el cesionario de un crédito, el legatario, se subrogan al causante en el derecho que este traspasa a aquel (propter rem singulam). En algunos casos la ley establece la subroga-

ción de los acreedores en ciertos derechos del deudor, con miras a conservar el patrimonio de este como prenda general de los derechos de aquellos[36].

557. Concepto del pago con subrogación.—Dentro de la órbita de la subrogación personal, se ubica la figura denominada pago con subrogación, que consiste en la sustitución del acreedor por otra persona que le paga por el deudor, o que le proporciona a este dineros destinados al pago y que él efectivamente emplea en tal destino. En dichos casos, el pago no extingue el vínculo obligatorio como ocurre con el pago que hace directamente el deudor, sino que el acreedor desinteresado es sustituido en la titularidad del crédito por quien le hace el pago, sucesión esta que puede cumplirse con el consentimiento del acreedor (subrogación convencional), o aun contra la voluntad de este, por el solo ministerio de la ley (subrogación legal).

558. Reseña histórica.—Según quedó enunciado, el derecho romano no alcanzó a reconocer abiertamente la cesión de créditos, aunque sí llegó a admitir la de las acciones útiles para hacerlos valer[37]. Paralelamente, dicho sistema consagró la sucesión en el lugar del acreedor (successio in locum creditorum) en favor del fiador que, al pagarle a aquel, entraba a ocupar su lugar frente a los cofiadores y al deudor principal. Más tarde se extendió este beneficio en favor del acreedor que pagaba a otro acreedor amparado con una hipoteca anterior; en favor del prestamista cuyo dinero se empleaba en el pago de una hipoteca; y, en favor del comprador de cosa gravada con varias hipotecas y que, con el precio de la compraventa, satisfacía alguna o algunas de estas, en forma tal que al suceder a los acreedores satisfechos ocupaba el lugar de estos frente a los demás acreedores hipotecarios, quienes, al hacer valer su ius persequendi y obtener la venta de la cosa, solo podían reclamar la parte del precio que les correspondiera, según el orden de su antigüedad, esto es, sin perjuicio del ius preferendi que hubiera adquirido el comprador al satisfacer a los acreedores de mejor derecho[38].

Las preindicadas soluciones romanas se conservaron en el derecho medieval y fueron adicionadas en Francia hasta configurar la institución del pago con subrogación, tal como está consagrada en el Código de Napoleón y en el nuestro.

559. Naturaleza de la subrogación por el pago.—Ha sido este un tema largamente discutido en la doctrina de los civilistas, quienes, frente a esta institución que no se amolda a la concepción pura del pago extintivo, han pretendido subsumirla forzadamente en otras figuras que, por algún aspecto, se asemejan a ella. Si el pago es un modo de extinguir las obligaciones, vale decir, de

[36] Véanse núms. 66 y 291 supra.

[37] Véase núm. 460 supra.

[38] Girard, Manuel élémentaire de droit romain, págs. 832 y ss.

solucionar el vínculo jurídico que las constituye, extinción que envuelve la de todos sus accesorios, tales como los privilegios y garantías reales y personales existentes en favor del acreedor, resulta extraño a primera vista y hasta si se quiere contradictorio, que en el caso de que el pago lo haga persona distinta del deudor, el vínculo obligatorio se conserve en su integridad jurídica y con sus aludidos accesorios, pero con la sola variante de que el solvens reemplaza al acreedor satisfecho, es decir, que entra a ocupar su lugar en la titularidad o posición activa del referido vínculo.

560. a) Tesis de la cesión.—Ante estas peculiaridades del pago con subrogación, algunos han querido ver en él un caso de cesión voluntaria del crédito, cuando el acreedor conviene en ella; forzosa respecto de dicho acreedor, cuando este no quiere prestar su consentimiento para la subrogación, pero la ley le impone la obligación de hacerla, tal como sucedía en el derecho romano con el beneficio cedendarum actiones, por cuya virtud el fiador que pagaba era reputado como comprador de las acciones del acreedor contra el deudor y sus cofiadores. En esta tesis, la subrogación legal sería, pues, una cesión o venta ficticia del crédito en cuestión[39].

561. b) Tesis de la novación.—Otros consideran que la subrogación por el pago es una especie de la novación. El vínculo obligatorio se extinguiría por el pago; pero este haría nacer una nueva obligación entre el deudor y el solvens, la que atraería los accesorios que había dejado huérfanos el primitivo vínculo solucionado.

562. c) Tesis del pago-cesión.—Para otros, el pago con subrogación es una figura híbrida que combina los efectos del pago y los de la cesión de créditos: los primeros, en lo que mira a las relaciones entre el acreedor y el solvens; dicho acreedor queda pagado, desinteresado respecto del vínculo obligatorio. Pero las relaciones entre el solvens subrogado y el deudor se gobernarían por las reglas de una cesión de créditos real o ficta entre el acreedor subrogante y el solvens.

563. Crítica.—En nuestro sentir, las tesis anteriormente expuestas y otras que les introducen variaciones son sutilezas doctrinarias y causa de confusión en la materia. La verdad llana y escueta es la de que el derecho, con base en los antecedentes romanos que hemos mencionado, creó una institución típica, modernamente denominada pago con subrogación, que es distinta del pago puro y simple, de la cesión de créditos, de la novación, etc., y que nada tiene de ficción, calificativo que podría ser aplicado con la misma impropiedad a cual-

[39] Cfr. Claro Solar, ob. cit., t. xii, núms. 1509 y ss., págs. 217 y ss.; Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 551, pág. 354.

quiera de estas otras instituciones. La idea de ficción se ha solido emplear cuando el procesamiento jurídico de los fenómenos reales deja de corresponder exactamente a estos, por la sencilla razón de que al derecho solamente le interesan estos fenómenos por algunos de sus aspectos. En la filosofía jurídica contemporánea es tan inadecuado hablar de ficciones legales, como lo sería en el lenguaje artístico calificar un retrato como ficción pictórica. La persona humana y su ambiente físico y espiritual solo le interesan al derecho en orden a la función ordenadora de la vida social que él tiene; tal es el criterio que debe presidir el análisis lógico de las instituciones jurídicas.

Dentro de este orden de ideas, el pago con subrogación es un acto jurídico típico que del pago puro y simple solo toma el efecto de desinteresar al acreedor satisfecho, pero que no extingue, según algunos lo creen, el crédito correlativo a la deuda pagada, idea esta que sí es contraria a la noción lógica de la obligación, porque equivale a suponer que el vínculo obligatorio podría quedar reducido a su lado pasivo, el de la deuda, para después revivir en su integridad jurídica mediante el injerto de un nuevo acreedor. No. Dicho vínculo obligatorio subsiste en su integridad y con todos sus accesorios, privilegios y garantías, y el pago por el tercero, al desinteresar al acreedor, solo produce una sucesión personal e instantánea entre estos, al igual que la que tiene lugar entre el de cuius y sus herederos, o entre el cedente y el cesionario de un crédito. Tal es la idea expresamente consagrada por nuestro Código. El artículo 1666 define: "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga", y el artículo 1670 ratifica dicha idea con todo énfasis, así: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda". No hay, pues, tal extinción de los derechos del acreedor subrogante, sino una sucesión de ellos en favor del solvens subrogado[40].

Es inexacta, por las mismas razones expuestas, la tesis de la novación, porque al suponer esta que el pago por el tercero extingue el vínculo obligatorio y genera otro enteramente nuevo entre dicho tercero y el deudor liberado, deja sin explicación lógica la supervivencia de los accesorios de la obligación extinguida o el renacimiento de ellos y su adherencia a la obligación nueva.

Tampoco hay razón alguna para tratar de identificar la cesión de créditos y el pago con subrogación. Cierto que una y otro tienen en común formar parte de la institución genérica de la subrogación o sucesión personal en los derechos crediticios, en virtud de la cual estos se traspasan subjetivamente, sin que el vínculo obligatorio ni sus accesorios sufran alteración alguna. E igualmente, cierto que el artículo 1669 sujeta la subrogación convencional entre el acreedor pagado y el solvens "a la regla de la cesión de derechos", esto es, que debe ser notificada al deudor que no ha consentido en ella. Pero, al lado de estas

[40] En contra, CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1510, pág. 219.

notas comunes, no se puede perder de vista que se trata de dos figuras que presentan diferencias específicas que las hacen irreductibles entre sí, como las siguientes:

a) La cesión de créditos es siempre un acto contractual entre el cedente y el cesionario; la subrogación por el pago puede ser convencional o impuesta por la ley, aun contra la voluntad del acreedor; b) la cesión de créditos, por su índole contractual, supone la capacidad del cedente para celebrarla; el pago puede ser válido aunque el accipiens sea un incapaz, si lo pagado se ha empleado en su provecho; c) el acreedor cedente debe estar legitimado para ceder el derecho y, por tanto, el coacreedor solidario no podría hacer tal cesión; pero sí puede recibir el pago y consentir en la subrogación; d) el cedente de un crédito adquiere la obligación contractual, salvo estipulación en contrario, de garantizarle al cesionario por lo menos la existencia del crédito cedido; el acreedor subrogante solo recibe lo que se le debe; no tiene intención contractual de obligarse para con el subrogado a garantía alguna; en el supuesto de inexistencia del crédito al tiempo del pago, la obligación de reembolso a cargo del accipiens tiene origen extracontractual en el enriquecimiento injusto; e) la cesión de un crédito le da derecho al cesionario para cobrar la totalidad del crédito al deudor, aunque el precio de la cesión hubiere sido inferior; la subrogación por el pago solamente procede hasta concurrencia de lo efectivamente pagado al acreedor, quien puede darse por satisfecho al recibir menos de lo debido. De no ser esto último así, el acreedor subrogante conservaría la parte insoluta del crédito con todos sus accesorios y, más aún, tendría preferencia en uno u otros respecto del solvens parcialmente subrogado[41].

564. Justificación del pago con subrogación.—Estando autorizada cualquier persona para pagar por el deudor, según solución tradicional inspirada en la máxima de Gayo, conforme a la cual es lícito mejorar la condición ajena, mas no así empeorarla, de no existir la institución del pago con subrogación, el solvens que hubiese liberado al deudor, por tener aquel interés personal en la solución de la deuda o simplemente el propósito de ayudarle a este, pero sin ánimo de beneficencia (animus donandi), solamente tendría contra tal deudor una acción de reembolso.

Pero esta acción, que podría explicarse por relaciones contractuales existentes entre el solvens y el deudor, como las de mandato o de un préstamo, y, en defecto de estas, por la obligación restitutoria o de in rem verso encaminada a evitar el enriquecimiento injusto, es una acción personal desprovista de garantías y frecuentemente de resultados dudosos. Esto último, porque el pago a que se ve obligado quien lo hace, como el codeudor solidario o de obligación indivisible, el fiador o el dueño de la cosa hipotecada, o quien presta ayuda desinteresada al deudor, de ordinario obedece a que este carece de los recursos necesarios para cumplir oportunamente.

[41] Véase núm. 593 infra.

En cambio, bien puede ocurrir que el crédito de cuyo pago se trate goce de privilegios y garantías que en su conjunto representen un estímulo para quien se vea en la necesidad o quiera pagar por el deudor, en cuanto se le permita a aquel aprovecharse de ellos para lograr la recuperación de lo pagado. Esta es cabalmente la razón determinante y justificativa del pago con subrogación: mejorar la condición de quien paga por el deudor, dotándolo no solamente de las acciones personales que contra este competan, como la de mandato, la de mutuo, la de in rem verso, sino traspasándole además todos los derechos, acciones, privilegios y garantías que tenga en su favor el acreedor satisfecho con el pago; es decir, subrogando al solvens en los mismos. Así, pues, el pago con subrogación difiere del pago puro y simple en cuanto este extingue el vínculo obligatorio con todos sus accesorios, al paso que aquel conserva uno y otros, y solo modifica su elemento personal activo al sustituir por el solvens al acreedor desinteresado.

Razón tiene, por tanto, la opinión dominante en la doctrina contemporánea al defender el pago con subrogación contra los embates de que ha sido objeto por quienes lo ven como una construcción jurídica ficticia y contradictoria, simplemente porque es distinto del pago puro y simple, a la vez que difiere de su gemela, la cesión de créditos. Su utilidad práctica, meta de la juridicidad, es incuestionable. El pago con subrogación aprovecha al acreedor, a quien se satisface su derecho sin necesidad de recurrir a las vías judiciales y de someterse al riesgo de que los resultados de estas le fuesen menos favorables. Beneficia al deudor sin recursos inmediatos, pues se le facilita conseguir ayuda y préstamos de otras personas para evitar una ejecución inminente y hasta ruinosa. Estas pueden, por generosidad o por interés, como sería el de invertir con rendimiento y con las debidas seguridades, propiciar el arreglo extrajudicial de los encontrados intereses del acreedor y del deudor. El beneficio crece de punto para el fiador, el codeudor solidario, el dueño de la cosa hipotecada, etc., quienes pueden pagarle al acreedor, con la mayor tranquilidad que les proporciona el saberse mejor protegidos en su derecho a ser reembolsados. Y las demás personas que tengan interés en la obligación o en su pago, como los codeudores solidarios, los fiadores, el dueño de la cosa hipotecada o pignorada, los acreedores hipotecarios o prendarios, etc., no sufren alteración alguna en su situación, porque esta no se modifica por el solo cambio del acreedor subrogante.

II. La subrogación legal por el pago

565. Concepto.—Es esta modalidad la que reviste más interés y también la que ha suscitado la mayor resistencia por algunos sectores de la doctrina, ya que en ella la subrogación o sustitución del solvens al acreedor pagado no se realiza en virtud de un convenio entre estos, sino que ella procede por el solo ministerio de la ley, ipso iure, a pesar del acreedor, de donde resultan, al decir de los opositores, los aspectos más criticables de la institución: porque se adulterarían los efectos propios del pago, al negar que este modo de solucionar

las obligaciones libera al deudor y extingue las garantías de su deuda; porque implicaría una expropiación forzosa para el acreedor, con cuyo consentimiento no se cuenta para nada, etc.

Sin embargo, la doctrina dominante, como ya hemos referido, mira favorablemente la subrogación legal, por considerar que ella tiene sólido asidero en la conveniencia general, así como también en la equidad que exige la protección de quienes se ven en la necesidad de pagar por el deudor y no cuentan con garantías suficientes para obtener el reembolso total o parcial de la pagado, quedando así expuestos a un empobrecimiento injusto en provecho de quienes debían pagar totalmente o contribuir al pago de la deuda.

566. Casos de subrogación legal por el pago.—Pero lo últimamente dicho, no significa que siempre que se den los criterios justificativos de la subrogación esta tenga cabida. Se trata de una institución excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva; ella solo obra en los casos en que la ley expresamente la consagra. El artículo 1668 del Código Civil establece algunos de los aludidos casos, mas no a manera de enumeración taxativa, pues el mismo texto se refiere a otros "señalados por las leyes", como efectivamente se encuentran en otras disposiciones a que habremos de referirnos.

567. Grupos.—Del conjunto de las hipótesis en que se establece la subrogación legal por el pago, resulta que estas pueden dividirse en dos grupos, atendiendo a si el solvens que se subroga en los derechos del acreedor estaba o no directa o indirectamente vinculado al pago. El primer grupo comprende, a su vez, dos situaciones distintas, aunque similares: a) el solvens está personalmente obligado al pago; y b) sin estar el solvens personalmente vinculado a la obligación, sus bienes están afectos al pago de esta.

568. A) Primer grupo.—El solvens está vinculado al pago. Tal situación se ofrece en los casos que se examinan a continuación:

a) El solvens está obligado solidaria o subsidiariamente al pago. A esta hipótesis se refiere el ordinal 3º del artículo 1668 y comprende las siguientes situaciones:

569. El codeudor solidario.—El efecto principalísimo de la solidaridad pasiva es el de permitirle al acreedor dirigir su acción contra cualquiera de los codeudores por el total de la deuda, sin que uno de estos pueda oponerle el beneficio de división con los otros codeudores (art. 1571). No puede, pues, el codeudor de esta clase eludir el pago de la obligación ni las consecuencias que en su contra se derivarían del incumplimiento, tales como las que la mora apareja. Mas hecho el pago por codeudor solidario, o extinguida por él la deuda por cualquiera de los modos equivalentes al pago, surge a su favor el derecho

a ser reembolsado por los otros codeudores a prorrata de sus cuotas de interés en la deuda. Pero este derecho podría resultar ilusorio, comoquiera que si uno de los codeudores solidarios se ha visto en la necesidad de pagar la totalidad de la obligación, lo más probable es que ello haya obedecido a la renuencia de los otros codeudores a contribuir en dicho pago, o a la insolvencia de alguno de ellos. Justo es que la ley acuda en su ayuda, subrogándolo en los derechos y garantías del acreedor, lo que le facilita cobrar la deuda común a prorrata del interés de cada codeudor y la distribución de la cuota del insolvente. Solo que, según quedó dicho, la solidaridad se extingue con el pago, es decir, que esta garantía ya no se traspasa al solvens.

570. El fiador.—Análoga es la situación del deudor subsidiario, vale decir, del fiador. En caso de incumplimiento de la obligación por el deudor principal debe pagarla aquel, pudiendo ocurrir que la acción personal de reembolso que para el efecto le otorga el artículo 2395 contra dicho deudor principal resulte insuficiente. Entonces, para mejor protección de este derecho de reembolso, el numeral 3 del artículo 1668 establece también en su favor la subrogación legal en los derechos y garantías del acreedor, la que igualmente lo beneficia frente a los otros fiadores de la misma obligación cuando paga más de aquello a que estaba obligado en razón de la división de la deuda entre todos ellos (arts. 2392 y 2403).

571. El codeudor de obligación indivisible.—No queda incluido en la subrogación legal a que se refiere el ordinal 3º del artículo 1668 el codeudor de obligación indivisible, quien, por ser el único que puede cumplirla, debe realizar el pago. No es él deudor solidario ni subsidiario y, por tanto, queda por fuera de la hipótesis en cuestión. No se le concede la acción subrogatoria, sino solamente la personal contra sus codeudores para que estos le indemnicen en proporción al interés que tuvieran en la obligación indivisible (art. 1587). Desde luego, la indivisibilidad de la obligación se extingue por el pago al acreedor, bien sea que ella provenga de la naturaleza del objeto, de la ley o de la convención, tal como sucede con la solidaridad. Pero, ya en lo tocante a las relaciones entre los codeudores, para efectos de la división de la deuda entre ellos, no se ve motivo valedero para establecer diferencias de régimen. Las mismas razones que se aducen para subrogar al codeudor solidario que paga en todos los derechos, acciones, garantías y privilegios del acreedor, excepción hecha de la solidaridad, militan en favor del codeudor de obligación indivisible, quien también debería quedar legalmente subrogado al acreedor satisfecho, a excepción de la indivisibilidad misma, según lo admiten el código francés (art. 1251, 3º) y las doctrina de sus comentaristas[42]. Sin embargo, excepcionalmente,

[42] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 315, págs. 300 y ss.

se llega en nuestro sistema al reconocimiento de dicha subrogación en favor del codeudor de obligación indivisible cuando este realiza el pago con el consentimiento de sus codeudores, y esto no por aplicación del ordinal 3º, sino del 5º del artículo 1668[43].

b) El solvens está indirectamente vinculado al pago. Frente al nexo obligatorio que une al acreedor y al deudor, él es un tercero. Sin embargo, sus bienes sí están afectos a dicho pago, porque sobre ellos pesa un derecho real que garantiza el cumplimiento de la obligación. Entonces, en virtud de este derecho real, el acreedor puede perseguir el bien afectado en cualesquiera manos en que este se encuentre, para que con el producto de su venta o adjudicación se le satisfaga a aquel su crédito; de esta suerte, el poseedor del bien gravado resulta indirectamente vinculado al pago de la obligación.

572. El dueño de inmueble hipotecado para seguridad de una obligación ajena.—Quien, sin comprometer su responsabilidad personal, ha hipotecado un bien suyo en garantía de una obligación ajena, al tener que pagar esta para evitar la persecución del acreedor, o a consecuencia de ella, queda legalmente subrogado en los derechos de dicho acreedor (art. 2454).

573. El tercer poseedor.—Reconvenido este para el pago de la deuda garantizada con hipoteca sobre finca que después pasa a sus manos con este gravamen, al pagar se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador (art. 2453).

574. El comprador de inmueble hipotecado.—A tenor del ordinal 2º del artículo 1668, la subrogación legal procede a beneficio: "Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado".

Critícasele a esta disposición el incurrir en redundancia frente al ordinal 3º del mismo artículo 1668 que consagra, en general, la subrogación en favor del que paga estando principal o subsidiariamente obligado a hacerlo, situación que, se dice, es en la que se encuentra el adquirente, a cualquier título y no solo al de compraventa, que tiene que sufrir el derecho de persecución que compete al acreedor hipotecario, por lo cual el artículo 2453 lo asimila al fiador para los efectos de la subrogación por el pago. Dícese también que ambas reglas, las de los ordinales 2º y 3º del artículo 1668, aplicadas al adquirente que paga la deuda hipotecaria (art. 2453), implican un contrasentido, porque, al declarar subrogado al solvens en los derechos del acreedor hipotecario, erigen a aquel en acreedor de sí mismo y en titular del derecho hipotecario sobre su propio bien. Estos reparos, aparentemente válidos, son inexactos y resultan ampliamente contrarrestados por las consecuencias prácticas que de dicha regla se derivan, a saber:

[43] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1539, pág. 249.

1ª) A le compra a B por 100.000 pesos un inmueble hipotecado a C por la misma suma y, sin que se haya pagado el precio de la compraventa, A se ve obligado a pagarle a C el valor de la hipoteca. Al subrogarse A en el crédito de C, este crédito puede entrar en compensación con el que por igual valor tiene B contra A por concepto del precio de la compraventa.

2ª) Si en el ejemplo propuesto, A le ha pagado el precio a B y además se ve obligado a pagarle a C el valor de la hipoteca, la subrogación en el crédito de C puede ser más útil para A, que la simple acción de indemnización contra B (art. 2453), si ese crédito, además de la hipoteca cubierta, goza de otros privilegios o garantías adicionales.

3ª) Claro que si el adquirente, con el precio de la venta o con otros dineros, paga todas las hipotecas que gravan el inmueble comprado, y los créditos de los acreedores satisfechos no tienen otras garantías que dichas hipotecas, carecería de sentido la subrogación. No se entendería para qué el adquirente habría de ser considerado como acreedor hipotecario sobre su propio bien. Bastaría la acción de reembolso contra el deudor liberado. Pero la hipótesis en cuestión no se ha elaborado sobre este planteamiento tan simplista[44]. Ella contempla casos más complejos.

Obsérvese, en primer lugar, que el comprador (art. 1668, num. 2) o el adquirente a cualquier título (art. 2453) puede no hacerse propietario del bien que se le transfiere gravado con una o más hipotecas. Tal sucede con el adquirente a nom domino, quien queda sujeto a la reivindicación por el verdadero dueño. En segundo lugar, aunque el adquirente se haga propietario del bien, tal derecho puede resultar aniquilado a consecuencia de una acción de nulidad o resolutoria. Si sobre la cosa pesan varias hipotecas y solo se paga alguna o algunas de ellas por el adquirente, este queda expuesto a las acciones hipotecarias pendientes.

En tales supuestos, el adquirente que paga los créditos hipotecarios sobre el bien se ve abocado a una situación que de suyo es anormalmente gravosa: la de cumplir o haber cumplido las prestaciones a favor de su tradente y haber tenido que pagar además aquellos créditos hipotecarios. De no existir la subrogación legal en estos casos, el adquirente solamente quedaría amparado con la acciones personales contra el tradente y desprotegido contra las acciones hipotecarias pendientes, que injustificadamente vendrían a adquirir un privilegio con que los respectivos acreedores no contaron al tiempo de pactar esas garantías. A aliviar esta situación acude la ley al establecer la subrogación de dicho adquirente. Ejemplaricemos para el mejor entendimiento del problema. A le compra a B un fundo por 100.000 pesos, gravado con dos hipotecas: una por 50.000 pesos en favor de C y otra por 20.000 pesos en favor de D, y A se ve obligado a pagarlas. Posteriormente, en razón de una acción reivindicatoria, de nulidad o resolutoria, el comprador A resulta evicto del bien. De reconocérsele a este solo las acciones

[44] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 561, págs. 339 y 340.

personales, restitutorias o indemnizatorias, contra el vendedor B, su situación es menos favorable que la que le proporciona la subrogación legal, pues en virtud de esta puede ejercer las acciones hipotecarias en que se sustituye sobre el bien de que se la ha desposeído. Como se ve en este ejemplo, realmente no se trata de que el adquirente que se subroga al acreedor hipotecario cuyo crédito satisface, se haga acreedor de sí mismo o titular de un derecho real de garantía sobre su propio bien, según las críticas que se formulan al respecto, sino que la subrogación legal deja en estado de latencia las acciones hipotecarias objeto de ella para ser ejercidas por el subrogatario cuando se le ha despojado del bien, por no haber sido o haber dejado de ser el dueño de este.

Y, siguiendo nuestro ejemplo, el comprador A se ve obligado a pagar el crédito hipotecario de C por 50.000 pesos y después D hace valer el suyo por 20.000 pesos. En el juicio respectivo del bien se remata por 60.000 pesos. Justo es, entonces, que D, como acreedor de segundo grado desde que se constituyó su hipoteca, solo reciba los 10.000 pesos que quedarán después de pagar el crédito de primer grado en que se subroga el comprador A. De lo contrario, se mejoraría sin razón justificada la situación asumida por D desde que aceptó una garantía de segundo grado.

Aplicación bien importante del ordinal 2º del artículo 1668 es la que le ha dado la jurisprudencia chilena al declarar legalmente subrogado al rematante de un bien hipotecado, en juicio adelantado por un acreedor con hipoteca de primer grado, cuando al juicio se ha dejado de citar por error a otro acreedor hipotecario de segundo grado, por ejemplo, por no aparecer relacionado en el certificado registral llevado al juicio. Incoada por este su acción hipotecaria y subastado de nuevo el mismo bien, la subrogación reconocida al primer rematante le permite hacer valer preferentemente sobre el precio de la segunda subasta el crédito cubierto en la primera, en forma tal que el acreedor de segundo grado solo reciba el remanente, si lo hay. De otra manera, este también vería mejorada sin razón jurídica la posición que había aceptado al constituirse su garantía, en tales condiciones.

575. B) Segundo grupo.—Según quedó dicho, comprende las hipótesis del pago hecho por quien no está personalmente vinculado a la solución de la deuda, como tampoco lo está indirectamente en razón de que sus bienes se encuentren afectos a ella. Entra también en este grupo el caso de que alguien le haga un préstamo al deudor con la destinación específica de que este pague el crédito. Trátase, en suma, de una subrogación legal en favor de terceros extraños al vínculo obligatorio y que se produce en los siguientes casos:

576. El pago por otro acreedor.—Según el numeral 1 del artículo 1668, hay lugar a la subrogación en favor "del acreedor que paga a otro acreedor de

mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca". Por ejemplo, A tiene dos acreedores: B por 100.000 pesos con hipoteca de primer grado, y C por 50.000 pesos, también con garantía hipotecaria de segundo grado sobre el mismo bien. Temiendo este último que al subastarse el bien hipotecado en juicio de venta iniciado por B, no se logre un precio suficiente para cubrir sino el crédito de primer grado, resuelve pagarlo, quedando, al subrogarse en este, con los dos créditos hipotecarios, el de B y el suyo, los que puede hacer valer, logrando que se le adjudique el bien o esperando, para ejercer sus dos acciones hipotecarias, a que las circunstancias cambien y pueda obtenerse una venta en mejores condiciones.

Dos son los requisitos que la ley prescribe para este caso de subrogación:

1º) Que no se trate de un pago hecho por cualquier tercero, sino por quien sea también acreedor del mismo deudor, aunque no lo sea de la misma clase. Así, un acreedor quirografario, sin garantía específica ni privilegio algunos, se subroga al pagarle a otro acreedor hipotecario o privilegiado.

2º) El pago debe hacerse a un acreedor de mejor derecho en razón de privilegio o hipoteca, como lo sería el titular de una hipoteca de grado superior o de un crédito preferente.

Conviene declarar aquí que la expresión privilegio que emplea la norma que se comenta no es equivalente a cualquier ventaja o beneficio personal del acreedor satisfecho, sino que se refiere precisamente a las causas de preferencia o prelación de los créditos que dejamos estudiadas en la parte tercera de esta obra. Es este privilegio específico y reconocido en razón de la naturaleza del crédito y para su seguridad, el que pasa con dicho crédito "a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera" (C. C., art. 2493). Por consiguiente, no hay lugar a la subrogación legal contemplada por el numeral 1 del artículo 1668 cuando un acreedor le paga a otro que no goza de prelación para el pago, aunque tenga ciertas ventajas inherentes a su propia persona o derivadas de circunstancias distintas a dicha prelación. Así, el derecho de retención reconocido por la ley en casos especiales y en cuya virtud el acreedor puede retener bienes del deudor hasta obtener la satisfacción del crédito respectivo, como el que se otorga a quien siembra, planta o edifica en suelo ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de este (art. 739), no constituye ni un derecho real de garantía, como la hipoteca o la prenda, ni el crédito que lo ocasiona, por el solo hecho de estar amparado por la retención, es un crédito privilegiado o preferente en el sentido estricto del numeral 1 del artículo 1668.

577. El pago por heredero beneficiario.—Conforme al numeral 4 del artículo 1668, hay subrogación legal en favor del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

Dentro de la concepción clásica latina del patrimoniopersonalidad, este es un atributo de toda persona o sujeto jurídico y está integrado por todos los derechos y obligaciones presentes y futuros, ciertos e inciertos, conocidos y

desconocidos, vinculados a dicha persona durante su existencia. Corolarios de esta concepción: toda persona tiene un patrimonio, aunque actualmente carezca de bienes y obligaciones, porque puede adquirirlos en el futuro, y, a la inversa, no puede existir un patrimonio autónomo, esto es, sin una persona que le sirva de titular. Además, una persona solo puede tener un patrimonio, puesto que todos los bienes y obligaciones que adquiera van a ingresar a esa universalidad jurídica, especie de saco, vacío o lleno, que es el patrimonio.

Ahora bien, dentro de las indicadas directrices que nuestro Código acoge, la muerte de una persona no determina la desintegración de su universalidad jurídica patrimonial: esta se conserva, pero no como un patrimonio autónomo o sin titular, sino que viene a radicarse en los herederos del difunto, continuadores de su personalidad, mediante un derecho sui generis que hubo de inventarse para mantener la estructura de la concepción clásica: el derecho real de herencia, cuyo objeto no está constituido por los derechos y las obligaciones singulares que el de cuius tuviera en vida, como el dominio sobre cosas determinadas, créditos, etc., sino que dicho objeto lo es la universalidad patrimonial misma que pasa a vincularse en su totalidad al heredero único o a los varios herederos en proporción a sus cuotas hereditarias. Solo al efectuarse la partición del patrimonio relicto el heredero o herederos adquieren en concreto los derechos y obligaciones que allí se les adjudiquen (art. 1401).

Las anteriores precisiones se han hecho necesarias para tomar partido en las discusiones que de vieja data se vienen suscitando acerca de si la muerte de una persona produce o no confusión entre su patrimonio y el de sus herederos; de si esta confusión se evitaría o no mediante el beneficio de separación autorizado en pro de los acreedores del causante y de los acreedores testamentarios; de si el beneficio de inventario produce o no una separación patrimonial análoga, etc. Estas discusiones han incidido en el entendimiento del numeral 4 del artículo 1668[45]. Pues bien, el fallecimiento del causante no produce jurídicamente la confusión de su patrimonio con el de sus herederos. Se repite que los derechos y las obligaciones integrantes del primero continúan formando una universalidad jurídica y que no se radican en concreto, vale decir, como derechos y obligaciones singulares, en cabeza de los herederos, sino en el momento en que se liquida esa universalidad jurídica y se producen las adjudicaciones, así en concreto, a dichos herederos partícipes. Entre tanto, el patrimonio de estos no se acrecienta con el ingreso de esos derechos y obligaciones singulares, sino con la adquisición de otro derecho distinto: el derecho real de herencia.

De lo expuesto se colige que el beneficio de separación que la ley autoriza en favor de los acreedores hereditarios (del difunto) y testamentarios no implica una separación de patrimonios porque esta ya existe jurídicamente, sino una separación práctica entre los bienes concretos de la universalidad jurídica

[45] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núms. 1450 y ss., págs. 164 y 165. Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 563, págs. 341 y 342.

sucesoral y los bienes propios de los herederos, bienes aquellos que, al ser administrados promiscuamente con estos, podrían ser empleados en detrimento de dichos acreedores. Tal es lo que se desprende del claro tenor literal del artículo 1435 que consagra el beneficio de separación y de los artículos siguientes que lo reglamentan: no se refieren ellos a patrimonios, sino a bienes singulares que por virtud de dicho beneficio, quedan afectos al pago preferencial de las deudas hereditarias y testamentarias.

En el mismo orden de ideas: inanes son las discusiones acerca de si el beneficio de inventario produce o no una separación entre el patrimonio del causante y el del heredero beneficiario. Esa separación ya existe jurídicamente respecto de todo heredero[46]. El beneficio en cuestión solo mira a otro aspecto tocante a las relaciones entre el heredero beneficiario y los acreedores hereditarios y testamentarios. En efecto: por virtud de la presunción legal, acorde con el sistema general hereditario adoptado por nuestro Código, según el cual los "herederos representan la persona del testador [del difunto] para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (art. 1155), si dichos herederos aceptaran pura y simplemente la sucesión, en forma expresa o tácita, responderían de esas obligaciones hereditarias, como también de las que se les impongan en el testamento, y ello de modo ilimitado y aunque los bienes relictos no fuesen suficientes para el pago de esas deudas. Con otras palabras: el heredero que acepta pura y simplemente la herencia, asume dichas obligaciones como si fueran propias y así responde de ellas con su patrimonio, porque este pasa a ser también prenda común de los nuevos acreedores que él ha admitido como suyos.

El beneficio de inventario, desde sus orígenes históricos, modifica esa grave situación de los herederos, la que podría inducirlos a repudiar la herencia con perjuicio propio y también de los acreedores sucesorales. En virtud de ese beneficio, se limita la responsabilidad del beneficiario hasta concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado (art. 1304). Estos continúan sirviendo de prenda a los acreedores sucesorales y el heredero beneficiario responde de ellos con los suyos propios, no porque haya adquirido en concreto las deudas de su causante, sino porque debe emplear los bienes relictos preferentemente para el pago de estas deudas a que originariamente están afectos.

Con las explicaciones anteriores, el alcance del numeral 4 del artículo 1668 resulta claro. Que se haya hecho uso o no del beneficio de separación de bienes por los acreedores hereditarios o testamentarios, carece de importancia, no cuenta para la aplicación de dicho texto legal. Los presupuestos que este contempla se cumplen: 1º) cuando el heredero lo es con beneficio de inventario, el que da lugar a que los créditos contra la sucesión no se confundan con los de los acreedores del heredero (art. 1316), es decir, que no pasan a afectar directamente el patrimonio de este, y 2º) que el heredero pague esos créditos con dineros tomados de su propio patrimonio y no del patrimonio sucesoral que

[46] En contra, CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1542, págs. 250 y ss.

es distinto al suyo, y sobre el cual solo tiene un derecho abstracto, el real de herencia, con las inherentes facultades administrativas respecto de los bienes que lo componen.

Cumplidos los precitados requisitos, obra en favor del heredero beneficiario la subrogación legal, ampliamente justificada por cuanto propicia la liquidación de la universalidad jurídica sucesoral, favorece a los acreedores satisfechos, a todos los interesados en la sucesión expuestos a ventas forzadas para el pago del pasivo, y al mismo heredero que se presta a emplear en el pago sus propios dineros, sabiendo que, a cambio de estos y del servicio que presta, se subroga en los créditos pagados, los que puede hacer valer contra el patrimonio sucesoral con todos los privilegios y garantías inherentes a esos créditos.

Así entendido el texto legal, sin duda repugna la idea sustentada por algunos de que el heredero beneficiario que no sea único, al pagar la totalidad del crédito sucesoral solamente se subrogaría en este hasta concurrencia de su cuota hereditaria[47]. Tal limitación no encuentra asidero en el texto legal y pugna con las razones justificativas en que se inspira al establecer la subrogación legal con fundamento en el provecho que el pago por el heredero le reporta a este, a los otros asignatarios y a los acreedores. Esta idea falsa es, precisamente, producto de las confusiones entre el patrimonio del heredero y el del causante, en el cual, reiteramos, el primero solo tiene un derecho real, el de herencia, que puede ser total o de cuota. Con mínima observación se percata que, de ser cierto el planteamiento criticado, la subrogación legal no tendría razón de ser, porque, al pagar el heredero la parte que le correspondiese en la deuda, se estaría liberando de su propia responsabilidad personal en esta, es decir, que estaría cumpliendo la obligación adquirida por él en virtud de la aceptación de la herencia, sin mayor provecho para el acreedor ni para los otros interesados. Por el contrario, la referida subrogación cobra toda su importancia cuando el heredero beneficiario es de cuota y paga todo el crédito con dineros propios, prestando así un servicio al acreedor satisfecho y a todos los demás interesados en la sucesión.

578. El pago con consentimiento del deudor.—Se efectúa también la subrogación legal en favor "del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor" (art. 1668, ord. 5º).

Visto está que la ley autoriza a cualquier persona para pagar una deuda ajena, aunque carezca de interés jurídico, con prescindencia de los móviles o motivos que la induzcan a hacerlo y aun a pesar del acreedor, porque la ley reputa injustificada la renuencia de este a recibir la satisfacción de su derecho, quienquiera que se la proporcione. Y visto está también que, por aplicación del texto legal que ahora se comenta, cuando el tercero paga con el conocimiento del deudor, a más de estructurarse entre estos un mandato tácito (art. 2149), de donde se deriva la acción del mandatario para ser reembolsado por el mandante

[47] Sic. Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1545, pág. 252 y los autores por él citados.

de las expensas hechas en favor de este, con sus intereses y gastos (art. 2184, ords. 2º y 4º), la ley también le concede al tercero que paga en estas condiciones la acción subrogatoria. Con esto se facilita el pago en provecho del acreedor, del deudor que carece de disponibilidades para atender a su obligación y del solvens que desee pagar, bien sea para invertir su dinero o bien para ayudarle al deudor, pero, en todo caso, contando con las seguridades que le depara dicha acción subrogatoria, seguridades de que podría carecer con la simple acción personal de reembolso contra el deudor.

579. El préstamo para el pago.—Conforme al ordinal 6º del artículo 1668, hay lugar a la subrogación legal en favor "del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero".

Reproduce así este texto una solución romana establecida para facilitar los préstamos destinados al pago de hipotecas, revivida, tal como la consigna nuestro código, por un edicto de Enrique IV de Francia en el año de 1609.

Para evitar abusos, como el que se ofrecería cuando el deudor hubiese pagado una hipoteca de primer grado y después, en connivencia con el acreedor y un tercero, simulase un préstamo para ese pago, y así se pretendiese revivir dicha hipoteca en perjuicio de otro acreedor de grado inferior, desde el mencionado edicto francés se exigió la forma solemne, tanto para el préstamo como para el pago de la deuda con el producto de préstamo. Esta forma determina con certeza el objeto del préstamo y la realización de tal finalidad.

Pero esta solemnidad requerida no implica la necesidad de otorgar dos escrituras públicas: una para el préstamo y otra para el pago. Bastaría una sola que diera cuenta de los presupuestos que determinan el establecimiento de la subrogación legal en este caso.

Importa también a este propósito advertir que el derecho francés considera este caso de subrogación por el pago como si fuese convencional, a diferencia de nuestro Código, que lo incluye entre los de subrogación legal. La razón está en favor de esta última posición. En efecto, lo que caracteriza la subrogación convencional es el pacto en cuya virtud el acreedor voluntariamente se desprende de su crédito y accesorios en favor del subrogatario. El postulado de la relatividad de los actos jurídicos excluye la eficacia de estos respecto de quienes no han participado en ellos, y así no se entendería, frente a dicho postulado, cómo la convención entre el prestamista y el deudor pudiera producir el desplazamiento de los derechos del acreedor. Luego esta subrogación solo puede explicarse jurídicamente por su índole legal.

III. La subrogación convencional

580. Concepto.—Como ya se dijo, caracterízase esta clase de subrogación por ser la resultante de un pacto entre el acreedor y el solvens, en virtud

del cual, al recibir aquel el importe total o parcial de su crédito, conviene en subrogar al solvens en su puesto de acreedor, con todos los derechos y demás accesorios de que el crédito goce. Así lo entiende el artículo 1669, a cuyo tenor: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando este, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago".

581. Requisitos.—Son ellos los que expresa el citado artículo 1669, a saber:

a) el consentimiento del acreedor;

b) que el pago sea hecho por un tercero;

c) que la subrogación se haga al tiempo del pago y en la carta en que este se haga constar, y

d) que se le notifique al deudor.

582. a) El consentimiento del acreedor.—Visto está que para la validez del pago en general no se requiere el consentimiento del acreedor, porque la ley encuentra injustificada la renuencia de este a recibir la satisfacción de su derecho. El mismo principio preside la subrogación legal por el pago; este puede hacerse a pesar del acreedor, y el efecto subrogatario de dicho pago se produce de iure, es decir, que el crédito y sus accesorios pasan al solvens, sin contar para ello con la voluntad del acreedor. Pero en la subrogación convencional, como su sola denominación lo indica, el acreedor sí debe convenir tanto en el pago como en la subrogación de sus derechos en favor del solvens. Este requisito cobra toda su importancia y revela el interés de la subrogación convencional en los casos en que no tiene cabida la subrogación legal. Si esta última procediese siempre que el pago fuese hecho por un tercero, la subrogación convencional sería superflua. Sin embargo, esto no es así: como la ley solo impone la subrogación en casos excepcionales taxativamente señalados por ella, fuera de estos dejarían de darse los efectos benéficos de la subrogación de no autorizarse su efectividad mediante el convenio entre el acreedor satisfecho y el solvens.

El consentimiento del acreedor es, pues, elemento esencial de la subrogación convencional. No así el consentimiento del deudor, que no se requiere para la validez del pago que cualquier tercero haga por él, ni para la subrogación legal, salvo el caso en que, a términos del numeral 6 del artículo 1668, dicho deudor efectúe el pago con dineros prestados por un tercero, quien se subroga en el crédito y sus accesorios. Pero la intervención del deudor en este caso, y el convenio que celebra con su prestamista no explican, según quedó dicho, el efecto subrogatorio frente al acreedor, quien es ajeno a este convenio y hasta puede ser adverso a él. Por ello, vale decir, por faltar en esta hipótesis el

consentimiento del acreedor, a pesar de lo cual la subrogación se produce por ministerio de la ley, trátase entonces de una subrogación legal, como bien lo entiende nuestro Código, y no de una subrogación convencional, según la equivocada calificación que hace el Código francés.

A propósito del requisito en examen, algunos han dudado acerca de si el mandatario o diputado para recibir el pago podría o no subrogar al solvens. En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa. Conforme al artículo 2173, el mandatario está autorizado para aprovechar las circunstancias que le permitan realizar su encargo con mayor beneficio para el mandante. Así encuadra naturalmente, dentro de esta facultad, que el mandatario subrogue al tercero que quiera pagar por el deudor, pero con dicha condición. El pago y la subrogación que lo facilita benefician al mandante y en nada le perjudican. Tal es la solución que debe darse no solo en el caso del mandato, sino en todos aquellos en que una persona esté legalmente facultada para recibir el pago, como los padres de familia, el tutor o el curador[48].

583. b) El pago por un tercero.—El artículo 1669 parte del supuesto de que el pago sea hecho por un tercero, esto es, por quien no esté vinculado directa o indirectamente a dicho pago. Esto es claro: si el pago se efectúa por el deudor único, la obligación se extingue; y si por un codeudor solidario, o un fiador, o el dueño de la cosa hipotecada, la subrogación convencional sobra, porque la legal opera ipso iure. Lo propio puede decirse cuando el tercero paga con el consentimiento del deudor, ya que entonces también hay lugar a la subrogación legal.

Con otras palabras: la subrogación convencional, aunque pueda celebrarse superfluamente en los casos en que opera la subrogación legal, apenas adquiere entidad propia cuando, sin ella, el tercero que paga quedaría privado de los beneficios que le reporta la adquisición del crédito con sus accesorios. Tal es el caso del codeudor de una obligación conjunta, a quien el acreedor solo le puede exigir su parte o cuota en la deuda, pero que se allana a pagar las cuotas de los otros codeudores, si el acreedor, a su vez, se presta a subrogarlo en su derecho a ellas.

584. c) Tiempo y forma de la subrogación.—Preceptúa el artículo 1669 que la subrogación convencional "debe hacerse en la carta de pago", lo que de suyo implica que dicha subrogación debe ser expresa, es decir, que no se presume; que es solemne, porque debe constar por escrito en la misma carta o recibo del pago[49]; y que debe perfeccionarse en el momento del pago, que es cuando se expide dicha carta. De no ser esto último así, el pago extinguiría el crédito y todos sus accesorios, los que ya no podrían ser revividos por un acto posterior entre el acreedor y el solvens. Así se evita el fraude que podría

[48] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1566, págs. 265 y 266.

[49] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1571, pág. 268.

cometerse en detrimento de otros acreedores de grado inferior al que ha sido satisfecho, si este se prestase a una subrogación tardía.

585. d) Notificación al deudor.—Finalmente, el artículo 1669 prescribe que "la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos".

Lo anterior no significa que la subrogación convencional esté sujeta al régimen sustancial de la cesión de créditos, porque entonces aquella dejaría de ser un efecto del pago para degenerar en este otro contrato típico y dotado de eficacia diferente, como es la tocante a la responsabilidad que asume el cedente y que no pesa sobre el acreedor, quien se limita a recibir el pago de lo que se le debe y a subrogar al solvens en su crédito, bueno o malo.

Tampoco ha de entenderse este requisito en el sentido de que en la subrogación convencional hayan de observarse todas las formalidades propias de la cesión de créditos, tales como la anotación del traspaso en el título originario bajo la firma del cedente (art. 1961) o, en defecto de dicho título, el otorgamiento de uno por el cedente (ley 57 de 1887, art. 33), y, en todo caso, la entrega de uno u otro para que la cesión produzca efecto entre el cedente y el cesionario (ibídem). El artículo 1669 sustituye expresamente estas formalidades, porque no se limita a decir que "la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos", sino que seguidamente agrega "y debe hacerse en la carta de pago". Esta es, pues, la solemnidad propia del pago con subrogación, la que, según salta a la vista, es diferente de aquellas otras requeridas para la cesión de créditos[50].

De esta forma excluidos del significado de la frase "regla de la cesión de derechos", tanto el régimen sustancial de la cesión de créditos, como las solemnidades propias de esta para su perfeccionamiento entre el cedente y el cesionario, tal frase queda reducida al requisito de que la subrogación le sea notificada al deudor, exhibiendo, en este caso, la carta de pago en que ella conste, bajo la firma del acreedor subrogante (art. 1961). Solamente entonces la subrogación convencional produce efectos frente al deudor, cuya aceptación no es necesaria, como tampoco lo es en la cesión de créditos, y frente a terceros (art. 1960).

IV. Efectos de la subrogación

586. Advertencia.—Tales efectos son comunes a la subrogación legal y a la convencional. Así lo expresa el artículo 1670. No es, pues, exacta la afirmación de que entre estas dos especies de la subrogación, a más de su origen, exista la diferencia de que en la convencional el acreedor subrogante y el subrogado puedan modificar los efectos de ella, lo que no se podría hacer cuando la subrogación es legal[51]. Desde luego, no hay inconveniente para que en la

[50] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 574, pág. 347.

[51] Ibídem, núm. 569, pág. 345.

primera, las partes en la convención subrogatoria pacten, por ejemplo, que esta no comprenderá ciertas hipotecas o fianzas, o que el subrogado renuncia a la solidaridad entre los codeudores. Tales renuncias son lícitas (art. 15). Lo que sí no podrían hacer dichas partes sería agravar la situación de los deudores o de sus garantes, quienes son terceros frente a la convención. Ahora, tratándose de la subrogación legal, tampoco hay inconveniente alguno para que el solvens subrogado renuncie a ciertos efectos de ella que le son otorgados por la ley, aunque tampoco pueda pretender agravar dichos efectos respecto de las personas llamadas a responder de la satisfacción del crédito que adquiere por ministerio de la ley[52].

587. La enunciación legal de los efectos.—Al definir la subrogación por el pago, dice el artículo 1666 del Código Civil que esta "es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga". Pero, no satisfecho con esta definición genérica, el primer inciso del artículo 1670 puntualiza aún más el alcance de dicha subrogación, así: "La subrogación , tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda...".

Se le ha criticado a este último texto legal el incurrir en redundancia, la que en todo caso se justificaría por cuanto se endereza a poner fin a las antiguas polémicas que se suscitaron en torno al alcance de la subrogación, objetivo este logrado apenas en parte, lo que nos lleva a precisar aún más dicho alcance, contemplando separadamente los aspectos de la subrogación en cuanto al crédito en sí mismo considerado, a sus privilegios, a sus garantías reales y personales, a las acciones tutelares de aquel y de estas, etc.

588. a) La subrogación en el crédito.—El vínculo obligatorio forma un todo indivisible que tiene un aspecto pasivo, la deuda radicada en la persona del deudor, y un aspecto activo, el crédito o derecho crediticio, titularizado por la persona del acreedor. De esta suerte, si el vínculo obligatorio se soluciona, cual ocurre con el pago puro y simple, la novación, la compensación, la remisión, la prescripción, etc., desaparece totalmente: el deudor queda liberado y el acreedor, satisfecho o no, deja de serlo.

Cabalmente, en este punto el pago con subrogación difiere de los modos extintivos de las obligaciones, por lo cual no debería involucrarse entre estos, a no ser por la comunidad de ciertas características que ofrece con el pago propiamente dicho, por ejemplo en cuanto a su naturaleza convencional, a los requisitos para su validez, etc. En efecto, el pago con subrogación no altera el vínculo obligatorio; este subsiste en su integridad jurídica: la deuda continúa intacta a cargo del responsable o de los responsables de ella; y el crédito tam-

[52] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1587, pág. 290.

bién supervive en su entidad objetiva, solo que, por virtud de la subrogación, se traslada automáticamente del acreedor originario al solvens que se subroga. No hay, pues, novación que extinga la obligación antigua y dé nacimiento a otra nueva entre el deudor y el solvens. Ni hay tampoco una ficción legal que suponga artificiosamente la supervivencia de la obligación pagada. Hay apenas un cambio de la persona del acreedor, igual al que se produce en la cesión de créditos y que se explica porque, a diferencia del derecho primitivo, hoy se admite sin reatos la separación de los créditos de la persona de sus titulares para los efectos del traspaso de aquellos entre vivos y por causa de muerte.

589. b) La subrogación en los derechos principales del acreedor.—Si el crédito se traspasa del acreedor subrogante al subrogado, es claro que este queda legitimado como aquel para exigirle al deudor el cumplimiento de la prestación debida, objeto del vínculo obligatorio de que se trate. Y lo propio puede decirse de la indemnización de perjuicios a que da lugar el incumplimiento de la obligación, porque dicha indemnización subroga o reemplaza, realmente y por ministerio de la ley, a la satisfacción que habría recibido el acreedor con el cumplimiento cabal y oportuno de la prestación debida. En suma: los derechos principales del acreedor subrogante pasan al solvens subrogado. En cuanto a los derechos auxiliares, como estos consisten en acciones que se le conceden al acreedor, conviene tratar de ellos separadamente, según se verá adelante.

590. c) La subrogación en los privilegios del crédito.—Ya dijimos, al comentar el numeral 1 del artículo 1668, que la palabra privilegio, empleada por la ley para los efectos del pago con subrogación, no es equivalente a cualquier ventaja o beneficio personal del acreedor satisfecho, sino que se refiere precisamente a las causas de preferencia o prelación de los créditos que dejamos estudiadas en la parte tercera de esta obra. Tal es, por tanto, el privilegio inherente al crédito y que pasa con este "a todas las personas que lo adquieran por cesión, subrogación o de otra manera", según lo declara el artículo 2493.

No es, por consiguiente, admisible la interpretación extensiva del artículo 1670 en el sentido de que la subrogación comprendería "todos los privilegios", entendiendo por tales todas las ventajas otorgadas por disposiciones legales especiales al acreedor subrogante, es decir, las no reconocidas a la generalidad de los acreedores por la legislación común[53]. Esta interpretación conduciría a consecuencias extravagantes, como sería la de que, quien pagara los impuestos a cargo del deudor y en favor del fisco, no solo adquiriría la preferencia otorgada a esta clase de créditos, sino también el derecho a cobrar el interés usurario establecido a manera de sanción para el deudor moroso, o el fuero especial para el cobro directo de la deuda por el procedimiento de la ejecución coactiva. No; estas ventajas, determinadas por la consideración de la persona

[53] Sic. Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1576, págs. 272 y ss.

del acreedor o por razones ajenas a las causas de preferencia para el pago, no constituyen objeto propio de la subrogación. De ordinario son intransmisibles e intransferibles, aunque algunas de ellas, por no estar íntimamente vinculadas a la persona del acreedor, y sin constituir un privilegio del crédito en sentido estricto, sí pueden ser objeto de una convención traslaticia, como el derecho de retención que puede ser cedido por contrato o por la convención de pago con subrogación[54], o como el derecho de anticresis que, por no dar preferencia al acreedor anticrético respecto de los demás acreedores, no se traspasa de iure al solvens subrogado, aunque sí puede serlo por pacto especial en la subrogación convencional[55].

591. d) La subrogación en los derechos accesorios.—El crédito materia del pago con subrogación puede aparejar otros derechos accesorios, reales o crediticios, por ejemplo, el de cobrar intereses, el de prenda o hipoteca, el de fianza, el derivado de una cláusula penal, etc. La subrogación los comprende y, cabalmente, en el traspaso de estos estriba la importancia de la institución. De no ser ello así, esta perdería su razón de ser. Teniendo, por regla general, quien paga una deuda ajena el derecho de reembolso contra el deudor beneficiado con dicho pago, si la subrogación no traspasara los derechos accesorios del crédito y especialmente los que constituyen sus garantías, la acción subrogatoria no tendría ventaja alguna que justificase su reconocimiento al lado de la acción personal de reembolso.

592. e) La subrogación en las acciones.—El artículo 1670 también se refiere expresamente a la subrogación en estas. Así, el solvens adquiere la acción ejecutiva para el cumplimiento de la prestación debida; la indemnizatoria para la satisfacción por equivalencia del derecho crediticio; las acciones contra los fiadores; las acciones reales prendaria e hipotecaria; las acciones conservativas y reconstitutivas del patrimonio del deudor, como lo son las precautelares, la pauliana y la de simulación fraudulenta.

Pero en este punto cabe hacer la misma advertencia ya enunciada en lo tocante a los privilegios del crédito. Las acciones materia de la subrogación son solamente aquellas que tutelan el derecho crediticio, en sí mismo considerado como un vínculo jurídico entre el acreedor subrogante y los responsables de la deuda correlativa, y que tiene un objeto propio, la prestación debida, así como también las acciones que amparan los derechos accesorios del crédito y que, por ser tales, se traspasan con este.

Es, por tanto, inaceptable la tesis que pretende, a base de interpretación extensiva del artículo 1670, atribuir al solvens subrogado acciones personales

[54] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 578, págs. 351 y ss.; Claro Solar, ob. cit., t. XII, núm. 1576, págs. 272 y ss.

[55] Claro Solar, ob. cit., t. XII, núm. 1523, pág. 236.

del acreedor subrogante, como son las que se derivan de su calidad de contratante, tales las acciones de nulidad del contrato que dio origen al crédito, por incapacidad, vicios del consentimiento, lesión enorme, y las acciones de simulación o de resolución de dicho contrato[56].

La finalidad propia de la subrogación por el pago, a la que obedecen los efectos de esta figura jurídica, es precisamente la de evitar que ese pago extinga la obligación, determinando la supervivencia de esta para que el solvens, en vez o además de su acción de reembolso contra el deudor, pueda recuperar mediante la acción subrogatoria y en condiciones más favorables lo que él ha pagado, vale decir, la prestación que ha satisfecho y no cosa distinta de ella. Así, el tercero que le paga al vendedor el precio insoluto de la compraventa, por virtud de la subrogación solo se hace acreedor a ese precio con sus accesorios, privilegios y garantías inherentes. Pero mal puede pretender dicho tercero ventajas o derechos diferentes y que no se encaminen precisamente a la satisfacción de ese crédito adquirido, como son los que tuviera el acreedor subrogante por su condición personal o por su calidad de contratante. De admitir que la subrogación comprende las referidas acciones de nulidad, simulación o resolución del contrato, se desnaturalizaría la institución: se autorizaría al solvens subrogado, no ya para lograr la satisfacción de su crédito, sino para destituirlo, y para obtener en cambio y sin causa alguna otros derechos, v. gr., el de restitución de la cosa vendida, excluyendo al vendedor. "Para esto no se ha establecido la subrogación", dice Laurent, seguido al respecto por Luis Claro Solar[57].

593. La subrogación parcial.—Al determinar el código cómo debe hacerse el pago, prescribe, según lo hemos expuesto, que el acreedor no puede ser obligado a recibir por partes (art. 1649), lo que no obsta para que voluntariamente acceda a ello. En tal caso, el artículo 1670, inciso 2º, acogiendo la solución tradicional del antiguo derecho francés, consagra un efecto especial de la subrogación a que da lugar dicho pago y que constituye diferencia importante entre esta institución y la de la cesión de créditos.

"Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito", dispone el citado texto legal. De suerte que, tratándose del pago con subrogación, esta obra también parcialmente: quien paga, solo adquiere la parte del crédito que le ha satisfecho al acreedor, desde luego con todos sus accesorios, privilegios y garantías; pero como este último tiene preferencia respecto del subrogado en cuanto a la parte insoluta de dicho crédito, infiérese que entre los dos no se forma una comunidad, no son coacreedores de la misma obligación, sino antes bien, que el crédito se divide en dos: uno por el saldo insoluto y otro por la parte que ha sido pagada, y, además,

[56] Sic. Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 577, págs. 349 y ss.

[57] Ob. cit., t. xii, núm. 1253, pág. 236.

el primero goza de preferencia sobre el segundo. Así, por ejemplo, si A tiene un crédito por 100.000 pesos garantizado con una hipoteca y recibe de B un pago parcial por 40.000 pesos, ambos son acreedores hipotecarios y pueden, por igual, hacer uso de la acción de venta del bien gravado. Pero si en la subasta se obtiene un precio de 70.000 pesos, con el prorrateo de este se deben pagar preferentemente los 60.000 pesos de A, y B entonces solamente recibe 10.000 pesos a cuenta de los 40.000 que le corresponden.

Suscítase a este respecto una cuestión no resuelta expresamente por la ley, a saber: si un tercero le paga parcialmente al acreedor, teniendo este preferencia sobre aquel para el pago del saldo insoluto, ¿esa preferencia se traspasa a quien le pague dicho saldo? En punto de la subrogación legal en favor de varios prestamistas que le suministran al deudor lo necesario para el pago, el artículo 1671 dispone que "no habrá preferencia entre ellos, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos y subrogaciones", esto es, que concurren a prorrata de sus respectivos intereses, cual si se tratara de una sola subrogación conjunta. Pues bien, esta solución, dictada por la equidad, es la misma que debe adoptarse para la cuestión propuesta. Bien se justifica que el acreedor parcialmente satisfecho goce de preferencia respecto del solvens, porque aquel conserva intacta su condición de acreedor respecto del saldo insoluto del crédito y de todos sus accesorios. El tercero no puede aspirar a que la subrogación parcial, que únicamente quiere favorecerlo, colocándolo en mejores condiciones de las que tendría si solo contase con su acción personal de reembolso, pueda prevalecer sobre el acreedor originario y los derechos que conserva. Si a ello aspirase, debería hacer un pago total. Pero estas razones ya no militan en favor del otro tercero que paga el saldo insoluto y que se subroga hasta concurrencia de este. Uno y otro terceros son subrogatarios conjuntos de un mismo crédito, y la división de este entre ellos no justifica que uno pueda pretender mejor derecho que el otro, así como de los varios prestamistas que se subrogan en el crédito pagado por el deudor tampoco puede aspirar uno de ellos a que se le dé prevalencia al interés parcial que le corresponde. Entonces, siguiendo el ejemplo propuesto, si el acreedor A recibe de B 40.000 pesos a buena cuenta de su crédito de 100.000 pesos y después C le paga el saldo de 60.000 pesos, los subrogados B y C se hacen acreedores de un mismo grado, de créditos parciales de una misma clase, respecto de los cuales la ley ya no establece preferencias. Por consiguiente, si uno de ellos hace valer la hipoteca que garantiza el crédito y en la subasta se obtiene un precio de 70.000 pesos, este se prorratea entre los dos, o sea, que B recibe el 40%, 28.000 pesos y C el 60%, 42.000 pesos.

Abonan la anterior solución las consideraciones ya expuestas en cuanto al sentido que debe dársele a la expresión privilegio empleada por la ley para los efectos de la subrogación por el pago: se refiere ella a las causas de preferencia establecidas por la ley en virtud de la clase a que el crédito pertenezca, pero no a otras ventajas que se le otorguen al acreedor subrogado en consideración a su persona, como lo es precisamente la preferencia que él tiene para

el pago del saldo insoluto de su crédito y que, según afirmamos claramente, se justifica, no porque este saldo pase a ocupar una clase prevalente respecto de la parte pagada, sino porque el acreedor conserva personalmente e intactos todos los derechos inherentes a su crédito insoluto. En síntesis: el régimen de la subrogación entre varios prestamistas, establecido por el artículo 1671 y que determina la igualdad entre ellos, es el pertinente a la subrogación entre varios terceros que concurren al pago del crédito. Esta solución se impone por la analogía de ley preceptuada por el artículo 8º de la ley 153 de 1887, y, lo que es más importante, por los principios que gobiernan el pago con subrogación y que han determinado el acogimiento de dicha solución por la doctrina tradicional dominante.

Los aludidos principios que informan la institución conducen a otra conclusión respecto de los efectos del pago parcial y de la consiguiente subrogación también parcial. Visto está que, conforme al artículo 1670, si el pago que recibe el acreedor es solo de parte del crédito, conserva este su derecho sobre el saldo insoluto. Luego, quien así paga, solo puede usar de la acción subrogatoria hasta concurrencia de lo efectivamente pagado por él. Dicho saldo insoluto le pertenece al acreedor originario, única persona que puede disponer de el haciéndolo efectivo contra el deudor, o condonándoselo, o recibiendo otro pago con subrogación, o, en fin, cediéndoselo a cualquier persona. Esta titularidad del saldo del crédito que conserva el acreedor originario y la subrogación parcial que obra en favor del solvens hasta concurrencia de lo pagado por él, explican suficientemente que este último no puede ejercer la acción subrogatoria por la totalidad del crédito. Esta solución se impone sin necesidad de aducir al respecto otros argumentos que, por forzados, resultan inconsistentes, según se verá en seguida.

594. La subrogación parcial y la cesión de créditos.—A propósito de esta subrogación parcial, se manifiestan las diferencias más protuberantes que existen entre el pago con subrogación y la cesión de créditos, a saber:

a) Si el subrogado no paga la totalidad del crédito, solo adquiere la parte de este que ha pagado y, por ende, no puede utilizar la acción subrogatoria sino por esta parte. Si el acreedor que recibe el pago parcial, convencionalmente dice subrogar al solvens en el saldo insoluto, esta no es ya una verdadera subrogación determinada por el pago, sino una cesión gratuita de ese saldo insoluto, sujeta como tal a las reglas de los contratos de cesión de créditos y de donación. En tal caso el solvens adquiere todo el crédito con sus accesorios, privilegios y garantías, pero la adquisición de este se explica por el pago con subrogación únicamente hasta concurrencia de lo pagado y el saldo por la cesión que le hace el acreedor, hasta el punto que, de no mediar esta cesión que, se insiste, ya no es un pago sino un contrato, el acreedor conservaría sus derechos sobre el saldo con preferencia sobre el subrogado parcialmente. Otra cosa sucede en la simple cesión de créditos: si el cedente conviene en transferirle su crédito al cesionario por un precio inferior al mismo, se configura un contrato oneroso que le transfiere a este último la totalidad del crédito y que le impone al ceden-

te responsabilidades que no tiene el acreedor que se limita a recibir un pago parcial, como la de garantizar la existencia del crédito cedido. Esta diferencia surge de la diversa naturaleza de las dos instituciones y no de ideas extrañas a ella, como es la de que en la cesión de créditos el cesionario, al pagar un precio inferior, tiene un ánimo de especulación que no abriga el tercero que paga por el deudor[58].

b) La cesión de créditos puede ser total o parcial y, en este último supuesto, se divide el crédito entre el cedente y el cesionario, quienes se convierten en coacreedores de un mismo rango, cada cual hasta concurrencia de su interés. Así, tratándose de un crédito hipotecario por $ 100.000, que es cedido parcialmente por $ 40.000, si el cedente o el cesionario, o ambos, provocan la venta del inmueble y solo obtienen $ 70.000, este se prorratea en igual proporción, es decir, que el cedente recibe $ 42.000 (60%) y el cesionario $ 28.000 (40%). Igual regla se aplicará en el caso de que la cesión se haga a cesionarios distintos: a uno por $ 40.000 y a otro por $ 60.000. Estos concurren en proporción a sus cuotas de interés cedido. Por el contrario, según quedó visto, si se trata de una subrogación parcial por el pago de $ 40.000, como el acreedor originario goza de la preferencia que le confiere el artículo 1670, él recibe todo su saldo insoluto de $ 60.000 y el solvens subrogante los $ 10.000 restantes del precio de la subasta.

Capítulo IV

EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

I. Generalidades

595. Concepto.—Hay lugar al pago por consignación cuando el acreedor no comparece o se niega injustamente a recibirlo, y consiste en la consignación que el deudor, o quien esté autorizado para pagar por él, hace de la cosa debida en manos de un depositario designado por el juez (art. 1657).

596. Origen histórico.—Esta institución se origina en el derecho romano, en el cual se la consagró ya como derecho del deudor para contrarrestar la mora de su acreedor: conviene tener como pagado aquello que el acreedor está en mora de recibir (oportet esse pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit). Así, en caso de renuencia de dicho acreedor, el deudor se liberaba mediante la consignación de lo debido en el lugar designado por el magistrado.

597. Justificación.—El interés del deudor en liberarse de sus obligaciones es palmario: evitar que se sigan causando intereses a su cargo; extinguir las garantías reales que graven sus bienes o la personal de sus fiadores; evitar indemnizaciones de perjuicios en que pueda incurrir por su propia mora o

[58] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 581, 3, pág. 355.

por la pérdida o deterioro de la cosa debida; evitar una acción resolutoria por incumplimiento del contrato que genera su obligación, etc. Justo es, por consiguiente, que la ley declare la validez del pago realizado aun a pesar del acreedor y que consagre un procedimiento formal para establecer la mora creditoria y para que el deudor extinga su obligación y las garantías de ella mediante la consignación de lo debido (arts. 1630 y 1656).

598. Quién puede pagar por consignación.—Según quedó explicado, el pago de una obligación puede hacerse, no solamente por el deudor, sino también por cualquier persona, esté o no interesada en solucionar la obligación, y aun contra la voluntad del deudor y del acreedor. En consecuencia, cualquier persona está legitimada para efectuar el pago por consignación, pero, claro está, si se dan los requisitos especiales para la validez del pago, según se dirá adelante.

599. Campo de acción.—Como la consignación (cuya declaratoria de validez la asimila al pago) consiste en el depósito o secuestro de la cosa debida en manos de un tercero designado por el juez, colígese que el pago por consignación solamente puede tener eficacia respecto de las obligaciones de dar o de entregar cosa mueble y de las de entregar inmuebles. Quedan así excluidas las obligaciones de realizar o no realizar un hecho y también las de dar inmuebles, pues estas se cumplen mediante la tradición registral del título traslaticio, acto este que entre nosotros puede efectuar por sí mismo el deudor, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales.

II. El procedimiento

600. Etapas que comprende.—Comprende dos etapas sucesivas: la oferta y la consignación, que se explican así: la primera se encamina a establecer la renuencia del acreedor, y la segunda a consumar el pago con los efectos propios de este (C. C., arts. 1658 y ss., y C. de P. C., art. 420).

A. La oferta

601. Concepto.—El artículo 13 de la ley 95 de 1890, que subrogó el inciso 1º del 1658 del Código Civil, preceptúa: "La consignación debe ser precedida de oferta; y para que esta sea válida, reunirá las circunstancias que requiere el artículo 1658 del Código Civil". Por consiguiente, la oferta es una etapa previa a la consignación y consiste en la invitación formal que el solvens le hace al acreedor para que reciba el pago de lo debido.

602. Requisitos de la oferta.—Las "circunstancias" a que se refiere el texto legal transcrito, en concordancia con lo pertinente del Código de Procedimiento Civil, son las siguientes:

603. a) Capacidad del oferente.—"Que sea hecha [la oferta] por una persona capaz de pagar" (art. 1658, 1º), vale decir, que no adolezca de incapacidad general (art. 1504) o que, de no ser así, actúe el oferente por intermedio o con autorización de su representante legal, según el caso. Ahora bien, como la consignación consiste en la simple entrega de las cosas debidas, que implica la tradición de ellas cuando el pago lo es de obligaciones de dar cosas muebles, en este último caso, además de la capacidad general, se requiere que el solvens esté legitimado para hacer dicha tradición, por ser el dueño de la cosa pagada o por pagarla con el consentimiento del dueño (art. 1633).

604. b) A quién debe hacerse.—"Que sea hecha [la oferta] al acreedor, siendo este capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante" (art. 1658, ord. 2º). En principio, esta regla reproduce uno de los requisitos generales para la validez del pago: el accipiens debe tener la libre administración de sus bienes, es decir, que debe ser legalmente capaz de realizar actos jurídicos y, de no serlo, el pago debe hacérsele a su representante legal. Sin embargo, la referida regla es más estricta que el principio general: respecto del pago por consignación, la oferta ha de formulársele precisamente al acreedor legalmente capaz, o a su diputado para recibir, o al representante legal del incapaz. Trátase aquí de una legitimación ad processum que, de no ofrecerse, vicia de nulidad la actuación del pago por consignación (C. de P. C., art. 420). Desde luego que por tal acreedor debe entenderse no solo el acreedor originario, sino también sus herederos, sus causahabientes a título singular, el poseedor de buena fe del crédito y el mandatario general o especial del acreedor (art. 1634). Debe recordarse, así mismo, respecto de este último, que para la validez del pago no obsta la incapacidad del diputado para recibirlo (art. 1639), lo cual permitiría concluir que también es válida la oferta que se le formule. Sin embargo, nosotros consideramos que esta solución no es exacta, porque el diputado no solamente debe tener esa aptitud sustancial para recibir el pago, sino además la requerida por la ley para intervenir en un proceso, como lo es el de pago por consignación.

605. c) La exigibilidad de la obligación.—"Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición" (art. 1658, ord. 3º). Desde luego, este requisito atinente al plazo debe entenderse con respecto del que se haya estipulado en favor del acreedor, como cuando se trata de obligación de dinero que devenga intereses remuneratorios, pues si el plazo solo existe en favor del deudor, este puede renunciarlo, lo que implica la facultad consiguiente de pagar aun a pesar del acreedor, esto es, por consignación (art. 1554). En cuanto a la condición suspensiva, el motivo para exigir el cumplimiento de esta consiste en que antes de tal caso la obligación se tiene por no nacida y el pago de ella puede ser repetido (art. 1542), por lo cual el acreedor está legitimado para no recibir lo que posteriormente pueda ser obligado a restituir.

606. d) El lugar del pago.—"Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido" (art. 1658, ord. 4º). Ya se vio, al hacer el análisis del lugar donde debe hacerse el pago puro y simple, que dicho lugar puede ser fijado contractualmente (arts. 85 y 1645), y que, a falta de estipulación al respecto, rigen las reglas supletivas de los artículos 1646 y 1647, conforme a las cuales el pago de un cuerpo cierto debe hacerse en el lugar en donde este existía al tiempo de constituirse la obligación, y el pago de cualquier otra cosa, en el domicilio del deudor, sin que estas determinaciones se alteren por el posterior cambio de domicilio del deudor o del acreedor, salvo convenio en contrario.

Ahora bien, en punto del pago por consignación el preindicado régimen ha sido modificado por el Código de Procedimiento Civil. En primer lugar, este le niega eficacia a la estipulación de un domicilio contractual para los efectos judiciales (art. 23, ord. 5º) y, en segundo lugar, si la obligación se origina en un contrato, se les otorga competencia preventiva al juez del lugar del cumplimiento y al del domicilio del demandado, a elección del demandante. Dedúcese de esta reforma que para el pago por consignación el oferente puede optar por iniciar el proceso respectivo ante el juez del domicilio del demandado o, tratándose de un cuerpo cierto, ante el juez del lugar donde este se encontraba al constituirse la obligación. Naturalmente, si se trata de cuerpo cierto inmueble, hipótesis que no tuvo en cuenta el mencionado Código, el demandante optará por el lugar de ubicación de dicho inmueble para evitar las complicaciones que acarrearía su opción en el otro sentido.

607. e) Observancia de las formalidades legales.—a) La oferta debe hacerse judicialmente. Las ofertas privadas que se le hayan hecho al acreedor no tienen virtualidad para que sea aceptado el pago por consignación. Así preceptúa el artículo 1658, ordinal 5º: "Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, y expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos; y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida". Este ordinal de nuestro artículo 1658 se aparta fundamentalmente del sistema establecido por los numerales 5, 6 y 7 del artículo 1600 del Código chileno, los que hacen bien difícil y engorroso el procedimiento, determinando su desuetud[59].

Así, cabe notar que entre nosotros está zanjada la polémica de vieja data acerca de si la oferta de pago debe ser real, vale decir, con exhibición de la cosa debida (el caballo, el hato, las especies monetarias, el inmueble), o si es suficiente la llamada oferta verbal que se cumple sin esa exhibición, por la sola descripción de la cosa debida y sus accesorios. Nuestro ordenamiento únicamente exige esta última, pero con la advertencia de que debe constar por escrito, por lo cual es más propio denominarla oferta escrita y no verbal, con

[59] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1467, págs. 177 y 178.

el aditamento de que debe dirigirse al juez competente, requisitos ambos ad validitatem y que, por serlo, la erigen en acto solemne.

b) Según el transcrito numeral 5 del artículo 1658, la oferta debe expresar: "Lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos; y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida". Ya habíamos visto que el pago, en general, debe comprender el total de la deuda, incluyendo en él todos los accesorios de ella, tales como los intereses e indemnizaciones, y que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes (art. 1649). Pues bien, la regla especial que se comenta, a la vez que reproduce la precitada regla general, erige asimismo la descripción del total de la deuda en requisito para la validez de la oferta de pago por consignación.

Incurriendo en defecto que también se le apunta al artículo 1600 del Código chileno, la regla que se comenta dice que "si la oferta de consignación es de cosa [debe contener] una descripción individual de la cosa ofrecida". En primer término, se repite que el pago por consignación solo tiene lugar respecto de cosas muebles que se deben dar o entregar, o de las inmuebles que se deben entregar. De manera que no hay pago por consignación de obligaciones que no versen sobre cosas. Además, dichas cosas pueden ser, no solamente cuerpos ciertos, que son los que se deben determinar "individualizándolos", sino también cosas de género que, a su vez, se determinan con la expresión del género a que pertenecen y de su cantidad (art. 1518).

Finalmente, conviene advertir a este respecto que la oferta de pago por consignación debe expresar los intereses vencidos y demás cargos líquidos, como son las pensiones devengadas, las penas causadas, las indemnizaciones de perjuicios; pero estos accesorios deben estar ya liquidados, porque, en caso contrario, nuestra ley, apartándose del Código francés, considera que no hay razón para impedir el pago, ni para exigirle al deudor la consignación de sumas adicionales a buena cuenta de prestaciones ilíquidas. Esta solución guarda armonía con la que ofrece el artículo 1650 para el caso de que haya controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, en el cual el juez puede ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

c) También para la validez de la oferta se requiere que de ella se confiera traslado al acreedor (art. 1658, ord. 6º). De manera que dicha oferta no surte efecto alguno antes del vencimiento de ese traslado, para el cual el Código de Procedimiento Civil señala diez días (arts. 408, ord. 5º, y 409).

Presentada la oferta con todos sus requisitos propios y además con los requisitos procesales pertinentes a toda demanda, el juez la admite y ordena que se le dé traslado al demandado, mediante notificación del auto admisorio y la entrega de la copia de la demanda y sus anexos (C. de P. C., arts. 86, 87 y 420).

608. La ausencia del acreedor.—Bien puede ocurrir que el acreedor esté ausente del lugar en que debe efectuarse el pago y no tenga allí legítimo repre-

sentante que pueda recibir por él, hipótesis que comprende el ocultamiento del acreedor para evitar que se le pague. Para tal supuesto, preceptúa el artículo 1661 del Código Civil: "Si el acreedor se hallare ausente del lugar en que deba hacerse el pago, y no tuviere allí legítimo representante, tendrán lugar las disposiciones de los números 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 1658.

"La oferta se hará ante el juez; el cual, recibida información de la ausencia del acreedor, y de la falta de persona que lo represente, autorizará la consignación, y designará la persona a la cual debe hacerse.

"En este caso se extenderá también acta de la consignación y se notificará el depósito al defensor que debe nombrársele al ausente".

Y, en desarrollo de este texto, el artículo 420 en su numeral 2 del Código de Procedimiento Civil ha previsto que "cuando dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya suministrado lo necesario para la notificación, no se hubiere realizado esta ni decretado el emplazamiento del demandado, si se tratare de dinero, el juez, por auto que no tendrá recurso alguno, ordenará al demandante hacer la consignación dentro del término de cinco días; en los demás casos señalará fecha para la diligencia de secuestro por auto que tampoco tendrá recurso".

B. La consignación

609. Cuándo hay lugar a ella.—Surtido el traslado de la demanda u oferta de pago por consignación, puede ocurrir: o bien que el demandado acepte el pago, o bien que guarde silencio, o bien que al contestar la demanda se niegue a recibir.

610. La aceptación del demandado.—En este supuesto cesa el proceso; hay un pago puro y simple o un pago con subrogación, según el caso, realizado cuasiconvencionalmente entre demandante y demandado.

611. El silencio del demandado.—En caso de que el demandado guarde silencio, es decir, que no haga uso del traslado de la demanda ni para aceptar la oferta de pago ni para oponerse a ella, "el demandante deberá depositar a órdenes del juzgado lo ofrecido si fuere dinero, dentro de los cinco días siguientes del vencimiento del término del traslado" (C. de P. C., art. 420, 2ª). Pero si lo debido es cosa distinta de dinero, el juez señalará fecha y hora para la práctica de la diligencia de consignación, citando a ella al acreedor o a su representante, y nombrando en el mismo auto al secuestre que deba recibirla. Llegadas la fecha y hora de la diligencia, se procederá a la práctica de esta, y si el acreedor o su representante no concurre a ella o se niega a recibir, se le hará entrega al secuestre de la cosa ofrecida (ibídem). Y como el demandado no se opuso dentro del término del traslado de la oferta, el juez dictará a renglón seguido sentencia que declare la validez del pago.

Además, en el caso de que haya incuria del demandante que ha promovido el proceso abreviado de pago por consignación, en el sentido de que "si vencido el plazo no se efectúa la consignación (si se trata de dinero) o no se presentan los bienes en la fecha señalada para la diligencia (cuando la obligación de dar versa sobre cosa distinta del dinero), el juez dictará sentencia en que negará las pretensiones de la demanda" (ibídem).

612. La oposición del demandado.—Si este, en uso del traslado de la oferta, se opone a ella, el juez autorizará la consignación en la forma últimamente explicada. Y surtida ella, el proceso continúa por los trámites abreviados que comprenden el decreto y práctica de pruebas (C. de P. C., art. 413); el traslado a las partes para alegar (ibídem, art. 414), y el pronunciamiento de la sentencia que declare válido o no el pago por consignación, según lo alegado y aprobado por las partes (ibídem, art. 414).

III. Efectos del pago por consignación

613. Precisión.—Según se dejó dicho, siempre que el acreedor o su legítimo representante no comparezcan o se nieguen a recibir el pago, el respectivo proceso tiene que culminar con una sentencia firme en que se declare la validez o invalidez del pago. Significa esto que la oferta y la consignación por sí solas no producen los efectos propios del pago, sino que ellos surgen de la aceptación del acreedor o de la declaración judicial de la validez de la consignación, actos estos que obran con efecto retroactivo a partir del momento en que dicha consignación se ha realizado. Tal es el sentido del artículo 1663 del Código Civil, que dice: "El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación".

614. Efectos de la consignación válida.—El texto legal últimamente citado enumera estos efectos, a saber:

a) La obligación se reputa extinguida desde el momento de la consignación; y este efecto extintivo cobija a los codeudores y fiadores, así como también a las garantías reales y privilegios inherentes a la deuda solucionada.

b) Si la obligación es de dinero, cesan los intereses correspondientes.

c) Los riesgos de la cosa depositada dejan de ser de cargo del deudor.

Concreta el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil que "4. En la sentencia que declare válido el pago se ordenará: la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación, la restitución de los bienes dados en garantía, la entrega del depósito judicial al demandado, y la entrega de los bienes a este por el secuestre".

615. Los efectos cuando hay subrogación.—Salta a la vista que el legislador, al regular el pago por consignación, se contrajo al caso de que este tuviese lugar entre el deudor absoluto u otra persona legitimada para extinguir por él la obligación, y el acreedor o su legítimo representante, pasando así por alto la hipótesis no menos frecuente e importante en que el pago no produce la extinción de la obligación, sino que se limita a desinteresar al acreedor, a quien el solvens se subroga en el derecho crediticio con todos sus accesorios. Lo cual quiere decir que los textos en cuestión no deben interpretarse con el alcance restrictivo que determinó su establecimiento, esto es, que no solo deben ser aplicados en aquellos casos en que el pago por consignación constituye un pago puro y simple. De no ser así, se descartaría el pago con subrogación precisamente en la hipótesis en que este ofrece mayor utilidad y justificación, v. gr., cuando lo hace un codeudor solidario, o el fiador, o el poseedor del bien gravado en garantía, o el acreedor de inferior derecho en virtud de privilegio o hipoteca, etc. En tales hipótesis la subrogación se produce por ministerio de la ley y, por tanto, sería contradictorio afirmar que, cuando el pago se hace por consignación, la sentencia que declara la validez de él extingue el derecho crediticio y sus accesorios que, por motivo de esa subrogación, se radican ipso iure en el solvens.

616. El retiro de la consignación.—Este retiro puede hacerse por el acreedor en cualquier momento desde que aquella se realiza, aun antes de la intimación a dicho acreedor para recibir la cosa consignada. La aceptación del acreedor, sumada a la oferta que le ha hecho el deudor, equivale a una convención de pago puro y simple o con subrogación, según el caso, y esta produce todos los efectos que le son propios. Pero el retiro de la consignación también puede hacerlo el demandante, siempre y cuando que aquella no haya sido aceptada por el acreedor ni el pago declarado válido por sentencia ejecutoriada. Tal es lo preceptuado por el artículo 1664, que agrega: "...y retirada [por el demandante], se mirará como de ningún valor ni efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores". Claro si el pago ya se ha perfeccionado por la aceptación del acreedor, el solvens, deudor o tercero, no puede revocarlo unilateralmente retirando la cosa consignada, como tampoco puede hacerlo después de la sentencia ejecutoriada que declare la validez del pago por consignación, sentencia que viene a suplir la voluntad del acreedor renuente.

Ahora bien, aceptada la consignación por el acreedor o declarada válida por sentencia ejecutoriada, ella constituye un pago firme que ya no puede ser revocado unilateralmente por el solvens, por lo cual este no puede retirar lo consignado. Para tal efecto se requiere el consentimiento del acreedor, y si este lo presta, no por ello renacen la obligación extinguida y sus accesorios, sino que surge una obligación del todo nueva entre el deudor y el acreedor, a la que ya no acceden los codeudores y fiadores de la obligación extinguida, como tampoco los privilegios y garantías que esta tuviera. Así lo dispone el artículo 1665, en estos términos: "Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida,

podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero en este caso, la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella, y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo, y su fecha será la del día de la nueva inscripción". Algunos consideran que este texto legal era innecesario[60]. Mas esto no es así, pues al haberse incluido dicho texto en el Código se puso fin a la discusión de vieja data de si el retiro de la consignación con el consentimiento del acreedor hacía o no revivir la obligación primitiva respecto de los codeudores y fiadores y con todos los privilegios y garantías de aquella. El Código se inclinó en este punto por la opinión de POTHIER: en el artículo 1664 declara sin efecto la consignación retirada por el consignante antes de haberla aceptado el acreedor y de la sentencia que la declare válida, esto es, que la obligación subsiste sin alterarse en cuanto a sus sujetos, objeto y accesorios; pero después de la aceptación o de la declaración judicial de validez de la consignación, esta solo puede ser retirada con el consentimiento del acreedor, lo que da lugar al nacimiento de una obligación enteramente nueva que solo vincula al acreedor y al deudor, no así a los codeudores y fiadores de este, y que no hace revivir las garantías y privilegios de la obligación extinguida.

617. LOS GASTOS DEL PAGO.—La regla general en la materia es la consignada en el artículo 1629, conforme al cual, salvo estipulación en contrario o decisión judicial, los gastos del pago son de cargo del deudor. El artículo 1662 contempla uno de estos casos de excepción a la enunciada regla, al disponer: "Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cago del acreedor". Como se observa, este texto se refiere a las ofertas y a las consignaciones válidas y establece que las expensas de estas son de cargo del acreedor. De manera que si este quiere evitar que dichas expensas se sigan causando debe aceptar la oferta, dentro del traslado de ella, pues de no hacerlo en tal momento y si guarda silencio, el juez debe autorizar la consignación y declararla válida, condenando en costas a dicho acreedor. Y si este rechaza la oferta, el juez en la sentencia que pronuncie la validez de la consignación, también debe condenar en las costas al acreedor (C. de P. C., arts. 392 y 420).

Mas puede ocurrir que el acreedor que rechazó la oferta se allane a recibir la consignación al tiempo en que esta se ha realizado o después, pero antes de la sentencia. Estimamos entonces que al declarar terminado el proceso por pago, el juez debe condenar en costas a dicho acreedor, por aplicación del artículo 1662 del Código Civil, y porque sería injusto cargar al deudor con las expensas que le ha ocasionado la renuencia de aquel. Por el contrario, si antes de la sentencia el deudor retira la oferta o la consignación, ello equivale a un

[60] Sic. CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1499, págs. 203 y ss.

desistimiento de su pretensión y, por tanto, natural es que corra con sus propias expensas y que pague las costas que le haya causado al acreedor (C. de P. C., art. 345).

Capítulo V

EL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

618. Concepto.—El artículo 1684 del Código Civil lo define así: "Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna". De la definición transcrita resultan el concepto del beneficio de competencia y las razones humanitarias que determinan su establecimiento.

La ley confiere a los acreedores el derecho de perseguir la satisfacción de sus créditos sobre todos los bienes presentes y futuros integrantes del patrimonio del deudor, exceptuándose solamente los que la propia ley declara no embargables (art. 2488). De otro lado, la regla general respecto del pago de las obligaciones consiste en que el acreedor no puede ser obligado a recibir por partes lo que se le adeuda (art. 1649). Así, pues, el principio general en cuanto al cumplimiento de las obligaciones estriba en que el acreedor debe ser totalmente satisfecho y que todos los bienes embargables del deudor están adscritos a esta satisfacción. Sin embargo, consideraciones de índole humanitaria indujeron al legislador a moderar el rigor del precitado principio, consagrando el beneficio de competencia, en cuya virtud ciertos deudores solo pueden ser compelidos a pagar lo que buenamente puedan (in quantum facere potest), reservándose la parte de sus bienes indispensable para una modesta subsistencia.

Frente a la colisión o competencia entre los intereses del acreedor y los del deudor, la ley adopta en ciertos casos una posición transaccional: limita las exigencias actuales del primero, obligándolo a recibir el pago parcial de su crédito, pero sin que esto implique un desconocimiento de su derecho, ni una condonación parcial de la deuda, sino una especie de plazo de gracia al deudor beneficiario, para que este pague el saldo insoluto de su obligación u obligaciones cuando mejore su fortuna. De esta suerte, el beneficio de competencia constituye una excepción sustancial a los principios generales que gobiernan el cumplimiento de las obligaciones y, desde el punto de vista de los deudores a quienes se concede, es un verdadero beneficio: el de que el juez decida en su favor la colisión o competencia que se suscita entre su interés por subsistir modestamente y el del acreedor por recibir la satisfacción de su crédito. De ahí la denominación clásica de la institución: beneficio de competencia, que alude a la colisión o pugna de intereses que soluciona, y no, como algunos creen, a la cuantía de los bienes que puede retener el deudor para atender "competentemente" a su subsistencia.

619. Casos en que actúa el beneficio.—A diferencia de la institución de la inembargabilidad de los bienes de los deudores que procede, por igual, respecto de todos estos y de todos los acreedores, el beneficio de competencia, como su nombre lo indica, tiene un alcance excepcional y limitado. Solamente se refiere a "ciertos deudores", a quienes se otorga por consideraciones personales especialísimas que miran a sus nexos de familia, de asociación o de gratitud con el acreedor, o a la buena fe con que aquellos actúan al ceder todos sus bienes a dicho acreedor o acreedores para honrar sus compromisos, siquiera sea parcialmente, cuando han caído en estado de insolvencia inculpable. Trátase de una ventaja o beneficio de índole personalísima, intransmisible, intransferible y de aplicación restrictiva a los casos expresamente contemplados por la ley. Son estos los enumerados por el artículo 14 de la ley 95 de 1890 que subrogó el 1685 del Código Civil, a saber:

620. 1º) Los ascendientes o descendientes del acreedor.—Salvo que aquellos hubiesen irrogado a este ofensa de las clasificadas entre las causas de desheredación (arts. 1265 y ss.).

621. 2º) El cónyuge no divorciado por su culpa.—(Ley 1ª de 1976, art. 4º).

622. 3º) Los hermanos.—En este caso, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave a las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes.

En los tres casos hasta aquí relacionados, las razones justificativas del beneficio miran a las relaciones familiares entre las partes y a los deberes que ellas imponen. El ascendiente, el descendiente, el cónyuge y el hermano del deudor tienen el deber moral y legal de socorrer a este cuando se encuentre en estado de destitución; tienen el deber de suministrarle alimentos congruos o necesarios (arts. 411 y ss.). Pugnaría con este deber la pretensión del acreedor de obtener el pago íntegro de su derecho, privando a su familiar deudor de esa parte de bienes que le permita atender a su modesta subsistencia, y de no existir tales bienes, el primero estaría obligado a suministrarle al segundo lo necesario para dicha subsistencia. Pero, así como el derecho a pedir alimentos puede extinguirse en el caso de injuria atroz del alimentario al alimentarse (art. 414), la ley también excluye el beneficio de competencia reconocido en los tres casos que se examinan, cuando el deudor le ha inferido al acreedor ofensas de tanta gravedad que constituyan causales de desheredamiento o de divorcio, respectivamente.

623. 4º) Los consocios.—Esta hipótesis está tocada de arcaísmo, porque tiene su origen en épocas antiguas, en las cuales las asociaciones con fines de lucro eran tan escasas, que los asociados eran vistos algo así como hermanos que recíprocamente se adoptaban con tal carácter para emprender actividades

económicas conjuntas. Por ello, la ley, al establecer el beneficio de competencia para el socio, le otorga el mismo régimen del beneficio en favor del hermano. Para tener aquel derecho a la competencia, debe estar "en el mismo caso" que este, es decir, que queda excluido de tal beneficio en caso de haberle irrogado a su consocio acreedor alguna ofensa tan grave como las que constituyen causal de desheredación entre ascendientes y descendientes.

Importa advertir aquí que la ley limita la competencia entre consocios a las acciones recíprocas nacidas del contrato de sociedad, esto es, que el beneficio queda excluido respecto de las acciones propias de obligaciones distintas.

624. 5º) El donante.—Pero solo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida. El artículo 14 de la ley 95 de 1890, numeral 5, se refiere así a lo dispuesto por el artículo 1474, a cuyo tenor: "El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa o donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente". Mírase, entonces, al deber de gratitud del donatario al donante que ha obrado con exclusivo ánimo de liberalidad en su favor. La ley le impone a aquel ese deber de gratitud, otorgándole al donante de donación cuantiosa el derecho de pedirle al donatario alimentos congruos (arts. 411 y 414); y, asímismo, le concede el beneficio de competencia, cuando la donación ha sido gratuita, cuando no se le han impuesto cargas al donatario en razón de ella, siempre que se oponga dicho beneficio a la acción que ejerza el donatario para exigir el pago de lo donado, y no de otra obligación.

625. 6º) El deudor de buena fe que hizo cesión de bienes.—Ya se dejó aclarado que la cesión de bienes que el deudor les hace a sus acreedores para que con el producto de la venta de aquellos se paguen sus créditos, total o parcialmente, según dicho producto sea o no suficiente, a más de librar al cedente de las sanciones infamantes que antes aparejaba el incumplimiento de sus obligaciones, procuró estimular la buena fe con la concesión del beneficio de competencia, a manera de recompensa.

La cesión de bienes no es una modalidad del pago, como impropiamente la califica nuestro Código (cap. ix, tít. xiv del libro 4º); es un hecho que da lugar a variaciones en los procedimientos de ejecución coactiva, porque dicha cesión no transfiere los bienes cedidos a los acreedores, sino que los autoriza para obtener, por los trámites procesales pertinentes, la venta de tales bienes y el pago de sus créditos con el producto de ellos, efecto este que en nada difiere del que se produce en cualquier ejecución coactiva, o por concurso de acreedores.

Concretándonos al tema que ahora se examina, cual es el del beneficio de competencia, se debe puntualizar una vez más: que, según la tradición histórica, este solo se otorga al deudor de buena fe, porque el que no lo es, tampoco

es aceptado a hacer la cesión (arts. 1672 a 1676); que esta implica excepción al principio de que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, porque, admitida la cesión, la liquidación de los bienes cedidos puede dar lugar a que el acreedor o acreedores solo sean satisfechos parcialmente en sus créditos; y que el beneficio de competencia obra respecto de los bienes que el deudor cedente adquiera con posterioridad y en los cuales sea perseguido por los acreedores en cuyo provecho hizo la cesión para el pago de los saldos insolutos de las obligaciones existentes al tiempo de hacerla (ley 95 de 1890, art. 14, num. 6).

626. Características del beneficio.—a) Según quedó expresado, este es un derecho personalísimo del deudor a quien se otorga y, por ende, es inembargable, intransferible e intransmisible;

b) Dada la finalidad que persigue, constituye una excepción que el deudor beneficiario puede oponerle al acreedor contra quien se concede, para enervar acción ejecutiva de este. No requiere, pues, su previo reconocimiento en proceso separado, y

c) Su cuantía es variable. El artículo 1684 señala como pauta para fijarla, lo que sea indispensable para que el beneficiario pueda subsistir modestamente, según su clase y circunstancias. Corresponde, por tanto, al juez que conozca de la competencia entre el interés del acreedor ejecutante y el del deudor beneficiario, determinar la cuantía de los bienes que han de quedar afectos al beneficio. Y como, además, las circunstancias que sirven de base a la estimación judicial pueden variar posteriormente, el señalamiento de la referida cuantía es transitorio y puede ser modificado por el juez al suscitarse una nueva competencia, en la cual el acreedor demuestre que la situación económica del deudor ha mejorado, porque este ha adquirido bienes de cierta importancia (idoneum emolumentum). Tal fue también la solución romana al respecto, conforme a la cual el límite del beneficio iba hasta el punto en que el deudor ya pudiese con el sobrante de su patrimonio atender al pago del saldo de sus deudas (quod facere potest), que es lo que impropiamente expresa el artículo 1684 al decir que los bienes que se le dejan al deudor para su modesta subsistencia, lo son "con cargo de devolución", cuando mejore de fortuna.

627. El beneficio y el derecho de alimentos.—Si el deudor beneficiario tiene derecho a recibir una pensión alimentaria del acreedor a quien puede oponer el beneficio, deberá optar entre dicha pensión y el beneficio, esto es, que no puede pedir ambos a un tiempo (art. 1686). La razón de ser de esta regla no obedece, según lo piensan algunos, a que el beneficio tenga carácter alimentario, pues la obligación de pagar alimentos no siempre existe en favor de cualquier deudor beneficiario, como lo es el cesionario de bienes[61]. Dicha razón es otra:

[61] En contra, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núms. 614 y 617, págs. 370 a 373.

si el deudor goza de una pensión alimenticia que cualquier persona, acreedora o no, le suministre, no necesita del beneficio y, a la inversa, si goza de este, no se encuentra tampoco en el estado de necesidad que justifica el reclamo de tal pensión.

Lo que sí puede ocurrir —y esto explica la opción de que se trata— es que los alimentos a que tiene derecho el deudor no sean congruos, es decir, de los que habilitan para subsistir modestamente según la posición social de este, sino necesarios, esto es, apenas bastantes para sustentar la vida (art. 413). En tal caso, el deudor optará por el beneficio de competencia equivalente a los alimentos congruos.

Capítulo VI

LA DACIÓN EN PAGO

I. Generalidades

628. Concepto.—Es una modalidad del pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida.

Infiérese de la propuesta definición que la dación en pago no queda reducida —como en sus orígenes romanos y según parece sugerirlo su denominación latina (datio in solutum)— a la sola hipótesis de que el solvens realice una dación propiamente dicha, es decir, la transferencia del dominio de una cosa, en vez de la dación de otra cosa o de una suma de dinero, sino que su campo de acción se extiende a todos los casos en que el pago implica la sustitución de una prestación cualquiera (de dar, de hacer o de no hacer) que es la debida, por otra distinta de la misma clase o perteneciente a otra clase. Así, se ofrece la dación en pago cuando yo soluciono mi obligación de dar un caballo o 1.000 pesos, o de pintar un cuadro, o de no abrir un establecimiento comercial en cierto lugar, dando una casa, o atendiendo un proceso, o cediendo un crédito, etc. Con otras palabras, la doctrina, ampliando el concepto romano primitivo, considera que se configura la datio in solutum siempre que en el pago se sustituya el objeto de la obligación por otro sustancialmente distinto (aliud pro alio).

629. Historia y naturaleza jurídica.—Se dijo que los jurisconsultos romanos concibieron la dación en pago con el alcance restringido que denota el nombre que le asignaron y, por ende, sus soluciones fueron fragmentarias. La datio in solutum solamente se configuraba, según aquellos, cuando el deudor le transfería al acreedor la propiedad de una cosa corporal (datio) para pagarle (in solutum) una obligación de dinero (rem pro pecunia) o una obligación de dar cosa distinta (rem pro re). Dentro de esta concepción estrecha que apenas si vislumbraba la institución moderna, los jurisconsultos romanos no alcanza-

ron a ver en ella una figura autónoma y caracterizada llamada a tener eficacia propia, sino que, fundándose en semejanzas aparentes, la equipararon, si no la confundieron, con la compraventa y la permuta. Con la primera, cuando el solvens transfería la cosa en vez del dinero que hacía el papel de precio (rem pro pecunia); con la segunda, cuando la sustitución era de cosa a cosa (rem pro re). Fue precisamente esta equiparación impropia la que dio lugar a una de las controversias entre proculeyanos y sabinianos, a cuya solución quedó reducida la teoría romana al respecto. De acuerdo con los primeros, realizada una dación en pago, si posteriormente la cosa dada era evicta, el crédito pagado subsistía con todas sus acciones, accesorios y garantías. En el sentir de los sabinianos, criterio al cual parece inclinarse el Digesto, la dación en pago extinguiría ipso iure esa obligación con todos sus accesorios, y el acreedor evicto, asimilado al comprador o al permutante, solo tendría entonces la acción de saneamiento (actio utilis ex emptio).

La doctrina posromana amplió el campo de actividad de la dación en pago, dándole eficacia en todos los casos en que se pague una obligación mediante una prestación distinta de la debida (aliud pro alio), v. gr., la tradición de una cosa en vez de un hecho o de una abstención; un hecho en vez de una dación; la cesión de un crédito a cargo de un tercero en vez del dinero debido, etc. Naturalmente, esta generalización puso de manifiesto la inconsistencia de la teoría romana, que asimilaba la dación en pago a la venta y a la permuta, y que, como es obvio, no podía caber en hipótesis tales como la de sustituir la cosa debida por un hecho o una abstención. Entonces se le buscó a ella otra explicación jurídica, cual fue la de la novación. Al pactar el acreedor y el deudor una dación en pago, estarían efectuando un contrato de novación, en cuya virtud extinguirían la obligación primitiva y generarían la de realizar la prestación sustitutiva, y esta tendría existencia, siquiera instantánea, entre el acuerdo y su ejecución.

Bien confusa es la polémica doctrinaria entre los civilistas antiguos y los modernos que acogen la asimilación de la dación en pago a la compraventa y a la permuta, o que optan por la tesis de la novación, o que, al igual que Pothier[62], pretenden amalgamar ambas tesis, afirmando que quienes acuerdan la dación de una cosa en vez de la debida, celebran una compraventa o una permuta, seguida de una compensación entre las dos prestaciones, por ejemplo, entre el dinero debido y el precio de la compraventa, a lo que agregan que esta coexistencia, aunque sea instantánea, entre la obligación primitiva y la que genera la dación en pago, también configura una novación por cambio de objeto.

Apartándose de esta concepción híbrida que aúna tres figuras distintas y hasta contradictorias, la venta o la permuta, la compensación y la novación, y que mereció la ironía de Giorgi al decir que así "la datio in solutum sería un monstrum iuris que tendría a la vez tres aspectos y tres caras totalmente distintas"[63],

[62] Pothier, Obligations..., núm. 401.

[63] Giorgi, Teoría de las obligaciones, t. VII, núm. 346.

los redactores del Código Civil francés y la mayoría de sus comentaristas se pronuncian en favor de la tesis de la novación, con todas las consecuencias que de ella se derivan, incluso la que ha servido de piedra de toque a la milenaria discusión de los doctrinantes: la dación en pago extingue definitivamente la obligación primitiva con todos sus accesorios y garantías, y esta no revive en el supuesto de la evicción de la cosa dada, hecho este que le confiere al acreedor satisfecho la acción de saneamiento propia de toda obligación de dar. Pero esta posición francesa no es unánime, pues todavía perduran en dicho país las tesis opuestas e híbridas y las confusas soluciones tradicionales[64].

La doctrina moderna tiende a superar las controversias históricas, a considerar la dación en pago como una institución caracterizada y a reclamar para ella una tipificación legislativa independiente de esas otras figuras a que se ha querido asimilar o reducir, impidiendo que se le dé el debido tratamiento específico. Nosotros estamos de acuerdo con esta tendencia. Consideramos que la dación en pago no admite explicaciones tomadas de otras instituciones, como la compraventa, la permuta, la compensación o la novación. Estimamos que dicha figura naturalmente se sitúa en el campo del pago en general, del que constituye una especie o modalidad y que, mientras la legislación no la caracterice y reglamente en particular, los problemas que suscita deben ser resueltos conforme a las reglas y principios que gobiernan el pago y que son los que mejor le acomodan.

La dación en pago ni es compraventa ni es permuta. Estos son contratos consensuales, excepcionalmente solemnes, que se perfeccionan por el consentimiento de las partes, sumado, si es del caso, a la observancia de las solemnidades de la ley. La dación en pago es un acto jurídico de naturaleza convencional, pero que solo se perfecciona y produce sus efectos mediante la ejecución de la prestación sustitutiva. Por este aspecto se asemeja más a los contratos reales que a los consensuales y solemnes. La compraventa y la permuta son contratos bilaterales que producen obligaciones recíprocas entre el vendedor y el comprador, o entre los permutantes, respectivamente. En la dación en pago, el acreedor que recibe una prestación distinta de la que se le debe no contrae ni tiene la intención de contraer obligación alguna para con el solvens. Si en nuestro derecho, a diferencia del francés, la compraventa y la permuta no transfieren el dominio, sino que solo generan la obligación de darlo, mediante un acto jurídico distinto del contrato, cual es la tradición de la cosa, la dación en pago no supone, como tampoco el pago mismo, la sucesión de esos dos actos distintos. La dación en pago y el pago en general de una obligación de dar es un solo acto jurídico dotado de un elemento material o corpus, cual es la ejecución de una prestación, y de un elemento intencional o animus, el propósito de extinguir una obligación y, desde luego, de producir el desplazamiento de la propiedad sobre la cosa en virtud de su dación a título de pago. La venta o la permuta a non domino es válida en nuestro sistema; el pago y la

[64] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 628, pág. 569.

dación en pago de cosa ajena son nulos. Si la dación en pago ha rebasado el campo que inicialmente le asignaron los jurisconsultos romanos al reducirla a la tradición de una cosa corporal en vez de otra o de una suma de dinero (rem pro re o pro pecunia), en forma tal que hoy comprende la sustitución de una prestación cualquiera (de dar, de hacer o de no hacer) por otra de la misma o distinta especie (aliud pro alio), la asimilación de esta figura a la compraventa o a la permuta resulta manifiestamente extravagante.

La dación en pago tampoco es una novación. En este contrato el acuerdo de voluntades entre las partes tiende a un doble objetivo: extinguir una obligación preexistente y crear una nueva. En la dación en pago el consentimiento se reduce a extinguir la obligación que se trata de solucionar: el accipiens no consiente en crear un nuevo crédito a su favor, ni el solvens en contraer una deuda distinta pagadera de futuro. Precisamente, como la dación en pago no se perfecciona sino por la ejecución de la prestación sustitutiva, desde luego acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes, mal puede pensarse que esa ejecución, que constituye la esencia de la institución, le dé nacimiento a una obligación nueva.

630. El Código Civil.—A imitación de sus modelos y a causa de la incertidumbre reinante en la época de su redacción acerca de la verdadera naturaleza de la dación en pago, nuestro Código Civil elude su tipificación, aunque la contempla en varias disposiciones. Ejemplo de la dación en pago se presenta en el pago de las obligaciones facultativas, cuando este se realiza, no con la prestación debida (in obligatione), sino con la autorizada al deudor para liberarse de dicha obligación (infacultate solutionis) (art. 1562). En la cesión de un crédito litigioso que se dé en pago de una suma (art. 1971, ord. 2º). El artículo 2407, tomado del 2038 del Código francés, no solo reconoce expresamente la dación en pago, sino que consagra el efecto extintivo de esta respecto de los fiadores. El contrato de anticresis, en cuya virtud el deudor le entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos, conduce a la sustitución, en el momento de percibir esos frutos, de la prestación debida, que es en lo que radica esencialmente la dación en pago (art. 2458).

En suma: según lo veremos a continuación el análisis de los requisitos de la dación en pago y la averiguación de sus efectos muestran cómo esta figura jurídica, atípica en nuestra legislación, se integra en la preceptiva del pago en general, modo extintivo de las obligaciones, y repugna su asimilación a otras figuras contractuales que, como tales, tienen por objeto contrario: la producción de nuevas obligaciones.

II. Requisitos de la dación en pago

631. Enumeración.—Ellos consisten en: a) la ejecución de una prestación con ánimo de pagar; b) diferencia entre la prestación debida y la pagada; c) el

consentimiento de las partes; d) la capacidad de las partes; y e) la observancia de las solemnidades legales.

632. a) La prestación con "animus solvendi".—Para que se perfeccione la dación en pago no basta el simple acuerdo entre el deudor y el acreedor, conforme al cual el primero se obliga a realizar una prestación distinta de la originaria y el segundo se allana a recibir aquella en vez de esta. Semejante convenio, en cuanto da nacimiento a una obligación distinta de la primitiva, es un contrato de novación, si la intención de las partes fue la de declarar extinguida esta obligación y de considerar que en el futuro únicamente existe la que tiene por objeto la prestación sustitutiva. Ahora, si del referido convenio entre las partes resulta que la intención de estas es la de conservar la obligación primitiva dotándola de un objeto adicional (in obligatione), alternativamente pagadero a elección del acreedor o del deudor, o de un objeto adicional que no entre en la obligación, sino en la facultad de que la pague el deudor (in facultate solutionis), tal convenio, aunque no implique novación por no extinguir la obligación originaria, hace que esta se convierta en una obligación alternativa o facultativa, respectivamente, llamada a extinguirse en el futuro por el pago de una de las prestaciones estipuladas; pero que, por ello, no constituye una convención de pago ni una dación en pago. Para que una u otra de estas se perfeccione es, pues, indispensable que se ejecute la prestación llamada a solucionar el vínculo obligatorio, o solo a desinteresar al acreedor, si hay lugar a la subrogación crediticia.

Por consiguiente, es inexacta la tesis que, imbuida por la identificación de la dación en pago con la novación, pretende ver en aquella un contrato productivo de la obligación de dar la cosa sustitutiva de la prestación originaria. En efecto, la dación en pago no siempre consiste en la transferencia del dominio de una cosa (rem pro re, pro pecunia, pro facto) sino también en la ejecución de un hecho o en una abstención (factum pro facto, pro re, pro pecunia). En segundo lugar, aun en el caso de que la prestación sustitutiva sea una dación, es esta, que se cumple por la tradición, la que produce los efectos del pago. No importa que tratándose de bienes inmuebles, cuya tradición ha de hacerse por la inscripción registral de la escritura en que las partes estipulen la transferencia de la cosa, el proceso de la dación en pago sea un acto complejo y solemne que indispensablemente supone el otorgamiento de la escritura y su ulterior registro. Este acto complejo es dación en pago cuando la intención de las partes ha sido la de extinguir una obligación (animus solvendi), y es una novación cuando ellas, a más de extinguir desde ya la obligación primitiva, la sustituyen por una nueva (animus obligandi), llamada a solucionarse después mediante el pago de la misma.

633. b) Diferencia entre la prestación debida y la pagada.—No hay dación en pago cuando no se da tal diferencia, como en el pago de la obligación alternativa. En esta hay pluralidad de objetos debidos (in obligatione), así el

pago de uno solo de estos la solucione (in solutione). Cualquiera que de tales objetos sea el elegido para el pago es un objeto debido y, por tanto, dicho pago es puro y simple o con subrogación, según el caso, pero no una dación en pago.

Además, según quedó aclarado en precedencia, el campo de acción de la dación en pago no se limita a la sustitución material de una cosa por otra, sino que tiene lugar siempre que al realizarse el pago se cambie la prestación debida por otra de la misma clase, como la dación de un caballo en vez de dinero, o de una clase distinta, como la ejecución o abstención de un hecho en vez de dinero o de la dación de un caballo. Si el acuerdo entre las partes se limita a modificar la especie del vínculo obligatorio, pero conservando el objeto primitivo, como cuando la obligación pura y simple se convierte en facultativa o en alternativa, repetimos que no hay dación en pago.

634. c) El consentimiento de las partes.—Si la dación en pago consiste esencialmente en realizar una prestación distinta de la debida, claro que dicha figura no tiene lugar en aquellos casos en que el deudor ya debe también la prestación sustitutiva, como sucede en las obligaciones alternativas. Tampoco hay dación en pago en el caso de que la ley sancione la mora del deudor, imponiéndole la obligación de indemnizar perjuicios, porque esta es distinta de la principal: es una obligación impuesta por la ley al deudor moroso. De manera que cuando el acreedor logra el pago de esta, no por ello consiente en una dación en pago, sino en el pago efectivo de una de dos obligaciones que tiene derecho a elegir alternativamente, la principal y la indemnizatoria[65].

La dación en pago propiamente dicha solo se da cuando el acreedor y el deudor (o quien paga por este) convienen, aquel en recibir lo que no está obligado a recibir, y este en cumplir una prestación que no debe, esto es, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que "el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627).

La necesidad del consentimiento del deudor salta a la vista, ya que la dación en pago consiste en que ejecute voluntariamente la prestación sustitutiva. Así, mientras no haya tal ejecución no hay dación en pago, y si ella es forzada, trátase entonces del cumplimiento de una obligación preexistente a cargo del deudor, sea esta alternativa o subsidiaria de otra obligación principal, como lo son la indemnizatoria y la penal.

Mas la sola voluntad del deudor de pagar con una prestación distinta de la debida no basta, comoquiera que en virtud del enunciado principio legal, "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (ibídem), lo que no significa que él voluntariamente no pueda allanarse a recibir esta otra cosa, dando así lugar a la dación en pago. En resumen, esta es siempre una convención extin-

[65] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1664, pág. 362.

tiva o subrogatoria, ya sea que solucione el vínculo obligatorio o que se limite a satisfacer al acreedor, a quien el solvens está llamado a subrogar.

Pero, además, la necesidad del consentimiento entre el solvens y el acreedor no significa que él haya de ser manifestado precisamente en el momento del pago y no antes, como sucede cuando en un contrato se pacta una obligación facultativa, pues entonces el acreedor manifiesta anticipadamente su consentimiento para que se le pague cosa distinta de la debida, y para que se consume la dación en pago solo falta que el deudor, a su vez, opte por pagar la prestación facultativa[66].

635. d) La capacidad de las partes.—Como la dación en pago, lo mismo que el pago, conduce a la disposición del derecho del acreedor satisfecho y a la transferencia de bienes por el solvens, cuando este ejecuta una dación propiamente dicha, la doctrina tradicional, pese a sus discordancias acerca de la naturaleza de la figura que se comenta, coincide en requerir la capacidad general de las partes para el pago, como también las especiales para cuando este implica acto de disposición. Vese así cómo las disquisiciones teóricas en la materia no han impedido que se busquen las soluciones donde ellas están, ya que la dación en pago no pasa de ser una modalidad de este.

En lo tocante al acreedor, este debe ser capaz de recibir el pago, disponiendo de su derecho crediticio y, tratándose de un mandatario o diputado de él, no es suficiente que esté facultado para recibir el pago de la prestación debida, sino que también debe estarlo para aceptar la que se le ofrezca como sustitutiva de esta.

De la propia manera, el solvens debe tener capacidad para pagar en nombre propio o ajeno y, además, debe estar legitimado para transferir el dominio de la cosa dada en sustitución de la prestación debida. Pero a este respecto cabe hacer un distingo: si el solvens es el deudor u otra persona que pague con bienes de este, tiene que estar facultado para realizar la sustitución objetiva que implica la dación en pago. No así cuando dicha persona, estando legalmente autorizada, como cualquier tercero, para pagar por el deudor, conviene con el acreedor en una dación en pago que no afecta los derechos de dicho deudor, sino los suyos propios. En tal supuesto, la dación produce los efectos del pago puro y simple o los del pago con subrogación, según el caso, sin que el deudor tenga interés jurídico para impugnar esa dación que no lo afecta[67].

636. e) La observancia de las solemnidades legales.—Ya hemos dicho que la dación en pago no solamente requiere el animus solvendi de las partes, es

[66] Giorgi, ob. cit., t. vii, núm. 299, 3º; en contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1668, pág. 364.

[67] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1670, págs. 365 y 366.

decir, su intención unánime de producir los efectos del pago, sino que además es preciso que ese ánimo se traduzca en la ejecución de la prestación sustitutiva, por lo cual, cuando el acto está sometido a formalidades exigidas por la ley ad solemnitatem, es necesaria la observancia de ellas. Así, si la dación versa sobre bienes inmuebles, debe constar por escritura pública y consumarse por el registro de esta. Igualmente, si la dación implica la cesión de un crédito (nomen iuris pro re, pro pecunia, pro facto), también es necesario que se cumplan las formalidades legales: entrega del título y notificación al deudor cedido.

III. Efectos de la dación en pago

637. La extinción de la obligación pagada.—Así como el pago puro y simple (esto es, la ejecución de la prestación debida), en principio, extingue la obligación erga omnes, liberando al deudor y satisfaciendo al acreedor, también la dación en pago produce este efecto extintivo con los mismos alcances. Si quien debe un hecho paga con el consentimiento del acreedor dando una cosa, o viceversa, el vínculo obligatorio se extingue por activa y por pasiva. Y si la deuda estaba garantizada con fianza, prenda o hipoteca, estas garantías accesorias también se extinguen. Nuestro Código Civil, al igual que el francés, solamente le atribuye este efecto a la dación en pago en punto de la fianza (art. 2407). Pero la solución es la misma respecto de otras garantías, como la hipoteca (art. 2457), la prenda (art. 2426), la obligación penal, porque estas son accesorias y, como tales, no pueden sobrevivir a la extinción de la obligación que caucionan.

638. La subrogación en la dación en pago.—Pero dentro de este orden de ideas, conviene recordar también que el pago no siempre extingue el vínculo obligatorio, sino que en veces, como cuando se hace por un codeudor o por un tercero, solamente desinteresa al acreedor satisfecho, cuyo lugar entra a ocupar el solvens como subrogado de él, bien sea por convención con dicho acreedor o por ministerio de la ley. En tales casos, el pago solo produce el cambio de acreedor sin solucionar el vínculo obligatorio que ata al deudor, es decir, que dicho vínculo no se extingue, ni tampoco los accesorios y garantías del crédito, los que pasan al solvens subrogado (art. 1670). Pues bien, estos efectos del pago con subrogación se predican igualmente cuando el solvens, llamado a subrogar al acreedor por la ley o la convención, v. gr., el codeudor solidario, el fiador, el poseedor del inmueble hipotecado en garantía del crédito, etc., satisfacen el derecho con el consentimiento del acreedor, mediante el pago de una prestación distinta de la debida, vale decir, mediante una dación en pago. Así, el codeudor solidario que le da al acreedor una casa en vez del dinero debido se subroga en este crédito de dinero con todos sus accesorios, privilegios y garantías hasta concurrencia de las cuotas que correspondan a sus codeudores en la deuda de dinero, excepción hecha de la solidaridad, que sí se extingue con el pago o la dación en pago.

639. La evicción de la cosa dada en pago.—Conforme quedó enunciado, este tema ha sido una de las cuestiones neurálgicas a todo lo largo de la historia de la dación en pago, pues los civilistas se han dividido, para sostener: unos, que la evicción de la cosa dada en pago no hace revivir la obligación primitiva ni sus accesorios, sino que únicamente le otorga al acreedor evicto la acción de saneamiento que compete por igual al comprador o al permutante; otros sostienen que esa evicción sí revive la obligación primitiva y sus accesorios, tales como las garantías y que, por consiguiente, el acreedor puede utilizar las acciones pertinentes; por último, hay quienes acogen solución ecléctica y le reconocen al acreedor evicto opción para ejercer las acciones de la obligación primitiva o para exigir el saneamiento.

640. Nuestro criterio al respecto.—Si se tiene la dación en pago como una modalidad de este, son pertinentes a aquella las mismas soluciones que la ley ofrece para el pago a non domino. Así, hemos visto que respecto de las personas autorizadas para hacer el pago se requiere, cuando este debe transferir la propiedad, que el solvens sea dueño de la cosa pagada o la pague con el consentimiento del dueño; y que la falta de este requisito se sanciona con la nulidad del pago (art. 1633). Quiere esto decir, sin duda, que la validez del pago está condicionada a la efectiva transferencia de la propiedad y no de la sola posesión útil que puede perder el acreedor en virtud de la evicción. Entonces, como el acreedor que recibe la posesión en virtud del pago, pero no la propiedad, no puede quedar sometido a la incertidumbre de una posible acción reivindicatoria hasta que esta prescriba, es equitativo que se le reconozcan tanto la acción de saneamiento que implica toda dación, como la de nulidad del pago que expresamente le otorga el artículo 1633, en cuya virtud se retrotraen todos los efectos del pago anulado, lo cual implica el que se reviva la obligación mal pagada con todos sus accesorios y garantías.

Ahora bien, la solución debe ser la misma para la dación en pago. Si esta se hace a non domino y sin el consentimiento del dueño, el acreedor que la recibe puede actuar en saneamiento al producirse la evicción, o puede alegar un pago inválido para recuperar su crédito primitivo con todos los accesorios y garantías inherentes. Sin embargo, a este último respecto hay que tener en cuenta que nuestro Código, a imitación del francés e inspirándose a medias en una opinión de Pothier —quien, con argumentos poco convincentes, quiso defender a los fiadores que resultarían perjudicados por una dación en pago cuando el deudor principal cayera en insolvencia antes de producirse la evicción[68]—, declara extinguida irrevocablemente la fianza cuando el acreedor se ha allanado a recibir una dación en pago, aunque después sobrevenga evicción del objeto (art. 2407).

Fuera de esta excepción, motivada, como acaba de decirse, en razones históricas y que excluye respecto a los fiadores el efecto retroactivo de la decla-

[68] Pothier, Obligations..., núm. 407, 4º.

ración de nulidad de la dación en pago a non domino, por requerir esta figura, lo mismo que el pago, la efectiva transferencia de la propiedad de la cosa dada, debe concluirse que dicha declaración de nulidad sí revive el crédito primitivo con todos sus accesorios y garantías, pues este es el efecto principal de la nulidad declarada, salvo excepción expresa en contrario, como es la relativa a la fianza (art. 1746).

641. La lesión en dación en pago.—Algunos civilistas franceses[69], fundándose en la ya revaluada asimilación de la dación en pago a la compraventa, le reconocen al que ha dado en pago un inmueble, la acción rescisoria por lesión enorme. Esta tesis va contra el principio generalmente mantenido por la jurisprudencia francesa, conforme al cual la lesión enorme como vicio de los actos jurídicos y las sanciones legales que apareja son de interpretación y aplicación restrictiva[70]. Pero nuestra Corte Suprema[71] ha adoptado dicha tesis con base en doctrinas que contrarían el mencionado principio que también informa nuestro ordenamiento legal y con fundamento en esa asimilación, hoy generalmente repudiada, entre la dación en pago y la compraventa[72].

642. La acción pauliana en la dación en pago.—La acción pauliana o revocatoria de los actos celebrados por el deudor, consagrada por el artículo 2491 del Código Civil, es pertinente a toda clase de actos jurídicos en que tenga lugar el acuerdo entre las partes para disminuir el patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores (consilium fraudis). Por este aspecto es esencialmente sospechosa la dación en pago realizada en provecho de un acreedor que tiene conocimiento de la mala situación económica de su deudor. De ahí que la ley 222 de 1995 expresamente consagre la referida acción revocatoria dentro del proceso concursal de liquidación obligatoria, cuando aparezca que los bienes de la masa son insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, en los siguientes términos: artículo 183: "acción revocatoria. Cuando los bienes que componen el patrimonio liquidable, sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, podrá demandarse la revocación de los siguientes actos o negocios, realizados por el deudor:

"1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago, y en general todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravamen, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en

[69] Colin y Capitant, ob. cit., t. II, núm. 628, pág. 569.

[70] Jean Carbonnier, Droit civil, t. IV, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, núm. 36, págs. 118 y ss.

[71] Cas. civil, mayo 31 de 1961, "G. J.", t. XCV, núm. 2240, págs. 930 y ss.

[72] Afortunadamente, la sentencia de casación civil del 31 de marzo de 1982 rechaza la comentada asimilación y, de contera, la aplicación del instituto excepcional de la lesión enorme a la dación en pago.

detrimento de los intereses o derechos de los acreedores, durante los doce meses anteriores a la apertura del trámite concursal, cuando no aparezca que el adquirente obró con buena fe exenta de culpa...".

Título VI

LA NOVACIÓN

I. Generalidades

643. Concepto.—Define el artículo 1687: "La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida".

644. Naturaleza jurídica.—La novación es un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas en cuanto soluciona, al igual que el pago puro y simple, una obligación preexistente, y de la naturaleza de los contratos en cuanto da nacimiento a una obligación nueva. Infiérese de lo expuesto que la novación es un modo directo de extinguir las obligaciones, porque el consentimiento de las partes tiende precisamente a producir este efecto, pues si la intención de estas se limita a modificar una obligación preexistente entre los mismos acreedor y deudor respecto a un mismo objeto, o a crear otra obligación colateral, trátase entonces, no de ese acto complejo que estructura la novación, sino de una simple convención modificatoria de relaciones jurídicas o de un contrato adicional, respectivamente, según lo puntualizaremos adelante.

645. Reseña histórica.—La novación se introdujo en el derecho romano a manera de correctivo del principio primitivo, conforme al cual, una vez formado el vínculo obligatorio, este no podía ser modificado en manera alguna, sino que permanecía inalterable hasta su extinción. Así, en desarrollo de dicho principio, no se aceptaba la cesión de créditos que produciría un cambio del acreedor por persona distinta, ni la sustitución del deudor por otro, ni reemplazar por otra la prestación debida, o la sola modificación de esta, aunque tal modificación fuese insustancial. Entonces, las necesidades prácticas impusieron la adopción del procedimiento novatorio que, sin negar abiertamente el aludido principio, daba nacimiento a una obligación nueva que atendía a la necesidad que los interesados pretendían satisfacer: trasladar el crédito o la deuda a un tercero, o sustituir por otra la prestación debida, o modificar esta. Concebíase así la novación como una transfusión o traslado de la obligación originaria en una nueva obligación (prioris debitii in aliam obligationem transfusio arque translatio). Además, importa notar que la novación romana fue, hasta finalizar la época clásica y aun posteriormente, un acto solemne que se perfeccionaba por la sola observancia

de las formalidades de la stipulatio y, parece, del contrato litteris; pero más tarde, y así lo declara la legislación justinianea, se consideró preferentemente la intención de las partes para determinar si estas en realidad querían producir esa transfusión novatoria o, por el contrario, crear otra obligación coexistente con la primitiva.

Ahora, ese papel tan importante que la novación revistió en Roma ha disminuido definitivamente en el derecho moderno, hasta tal punto que la tendencia legislativa actual es, si no la de suprimirla, apenas si de reconocerla como una posible manifestación de la autonomía de la voluntad privada, a cuyo cargo ha de dejarse la determinación de su eficacia en cada caso particular. La novación por cambio de acreedor está prácticamente fuera de uso, porque la cesión de créditos y el pago con subrogación cumplen, de modo adecuado, la finalidad práctica de aquella, con la ventaja de que al producir estos también el cambio del acreedor o sujeto activo del vínculo, el crédito cedido o pagado permanece intacto y conserva todos sus accesorios, privilegios y garantías.

La novación por cambio de deudor también resulta innecesaria: en manera alguna se justifica hoy que, para que este efecto se produzca, sea indispensable extinguir la obligación primitiva y crear otra enteramente nueva, con todos los problemas que suscita esa extinción y la curiosa reserva de lo que es accesorio de la obligación extinguida. Racional y prácticamente, nada se opone a la cesión de deudas, que se viene abriendo camino en el derecho contemporáneo, en cuya virtud se produce la transferencia de la deuda, así como la muerte del deudor primitivo la transmite a sus sucesores, sin necesidad de recurrir a esa combinación artificiosa que aniquila un vínculo jurídico y crea otro diferente.

En fin, ¿para qué emplear la novación que, se insiste, radica en el supuesto de que es necesario extinguir el vínculo obligatorio originario, para sustituir por otra la prestación debida o para introducirle a esta modificaciones sustanciales o accidentales? El solo hecho del reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada y el desuso del principio romano forma dat esse rei, que negaba la eficacia de dicha voluntad para atribuírsela a la sola observancia de la forma solemne, permiten que entre el acreedor y el deudor se acuerde el reemplazo de la prestación en el momento del pago (dación en pago) o en cualquier momento anterior a ese acuerdo, o que se modifique tal prestación, sin necesidad de provocar esa multitud de problemas que apareja el desaparecimiento de la obligación primitiva y el propósito de revivirla en todo lo que los interesados desean conservar de ella. Nuestro Código Civil, siguiendo las tradiciones romana, española y francesa, consagra un extenso tratado a la novación, bastante tocado de casuismo, por cuanto reproduce las soluciones concretas dadas por tales sistemas o atribuidas a estos por sus intérpretes.

646. Los modos de la novación.—De acuerdo con los términos del artículo 1690 del Código Civil, "la novación puede efectuarse de tres modos: 1º) Sus-

tituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor. 2º) Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor. 3º) Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero". Es decir, que la nueva obligación puede diferir de la antigua por el objeto, por la causa, por el acreedor o por el deudor.

647. a) Por el objeto.—Debo 1.000 pesos y convengo con mi acreedor en que, en vez de esta suma, le daré un caballo. En general, esta modalidad novatoria, denominada novatoria real u objetiva, se produce siempre que el acreedor consiente en liberar a su deudor, obligándose este a realizar una prestación distinta de la debida (alium pro alio), sean ellas de la misma clase, v. gr., dar dinero o una cosa en vez de otra, o de clases diversas, como realizar o abstenerse de un hecho en lugar de dar dinero o una cosa, etc.

648. b) Por la causa.—Debo 1.000 pesos por concepto del precio de una cosa que he comprado y convengo con mi acreedor en que retendré ese dinero a título de préstamo. Esta modalidad encuadra en el numeral 1 del artículo 1690, "sustituyéndose una nueva obligación a otra". En el ejemplo propuesto, por hipótesis el acreedor y el deudor permanecen los mismos y la suma de dinero continúa siendo el objeto debido, pero la obligación originaria nacida de la compraventa se extingue y, en su lugar, se crea otra nueva emanada de un mutuo. El establecimiento de la novación por cambio de causa produce en la práctica un efecto importante, cual es el de excluir los efectos del contrato que le dio nacimiento a la obligación primitiva. Así, en el ejemplo propuesto, el acreedor al precio de la compraventa ya no podrá ejercer la acción resolutoria por incumplimiento del contrato, sino que tendrá que valerse de las acciones que el mutuo le confiere.

649. c) Por el deudor.—Debo 1.000 pesos y convengo con mi acreedor en que esta suma le será pagada por un deudor mío, quien también consiente en ello, y así dicho acreedor me declara libre de la deuda para con él. O, aún más, ese deudor mío o cualquier persona legitimada para pagar mi deuda, conviene con el acreedor, sin mi consentimiento, en hacerse cargo de la deuda y este último me libera de ella. De estos dos ejemplos se infiere que la novación por cambio de deudor requiere siempre el consentimiento del acreedor y el del nuevo deudor, no así el del deudor primitivo, quien puede prestarlo o no. Si lo presta se configura un acto tripartito, la delegación, en el cual el deudor primitivo es el delegante, el nuevo deudor es el delegado, y el acreedor es el delegatario (art. 1690, inciso final). Esta figura se llama delegación perfecta

o novatoria cuando el acreedor libera al deudor primitivo. De no ser así esto último, la delegación es imperfecta y no hay novación. Y si el deudor primitivo no presta su consentimiento al acto celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor que asume la deuda, solamente habrá novación cuando el acreedor libera a su antiguo deudor. En caso contrario, es decir, cuando el acreedor no libera a su deudor, no hay novación, sino asunción por un tercero de la obligación a cargo del deudor primitivo, figura que, según la intención, constituye al tercero en codeudor o fiador de dicho deudor primitivo.

650. d) Por el acreedor.—Por razón de una venta, el comprador me adeuda 1.000 pesos y delego a este deudor para que le pague esa suma a otro acreedor mío. Contando este acto con el consentimiento de los tres, según ya quedó dicho, se estructura una delegación perfecta o novatoria que extingue la deuda a mi cargo y en favor de mi acreedor, así como la deuda del comprador en mi favor, sustituyendo a ambas una nueva obligación directa entre mi comprador y mi acreedor.

Tiénese, por tanto, que para que se dé la novación por cambio de acreedor siempre es necesario el consentimiento del deudor, pues, de faltar este, el negocio entre el acreedor primitivo y el acreedor sustitutivo deriva hacia otra figuración diferente: la cesión del crédito, o el pago con subrogación legal o convencional. Y lo propio sucede si falta la intención novatoria o animus novandi, que determina la extinción de vínculo originario y el nacimiento de otro enteramente nuevo.

651. La novación y la cesión de créditos.—Conviene en este punto señalar las diferencias entre estas dos figuras que logran la misma finalidad jurídica y práctica, lo que ha determinado la obsolescencia de la complicada novación por cambio de acreedor y la utilización preferente que recibe hoy la cesión de créditos.

Dicho está que la novación por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor, por lo cual sobra la notificación a este prescrita en la cesión de créditos para que produzca efectos respecto de dicho deudor y de terceros. Estos efectos se producen ipso iure en la novación en que participa el deudor.

Pero la diferencia fundamental entre las dos instituciones que comentamos consiste en que la cesión de créditos no afecta en manera alguna al crédito cedido que se traspasa al cesionario con todos sus accesorios, privilegios y garantías. Por el contrario, la novación extingue la totalidad del vínculo primitivo y da lugar al nacimiento de un crédito nuevo, que, como tal, está desprovisto de esos elementos inherentes o accesorios al crédito originario, a menos que las partes convengan en reservarlos para el crédito nuevo, según se precisará adelante. De ahí que en la actualidad el traspaso de los créditos de un acreedor a otro se haga por medio de la cesión y raramente se piense, si todavía se piensa, en el engorroso procedimiento novatorio, manifiestamente desventajoso para el nuevo acreedor.

Algunos creen encontrar una diferencia fundamental entre la novación por cambio de acreedor y la cesión de créditos, en virtud de la cual consideran que la primera es también desfavorable al deudor, quien ya no puede oponer al nuevo acreedor las excepciones que tuviera contra el acreedor primitivo, lo que sí puede hacer en la cesión de créditos que no extingue el vínculo obligatorio original[73]. En nuestro sentir, esta opinión es inexacta: no hay tal diferencia entre las dos instituciones. Cierto que en la cesión de créditos, el deudor puede oponerle al cesionario todas las excepciones reales, esto es, las que afectan el vínculo obligatorio en sí mismo, como la inexistencia por falta de consentimiento o de objeto, o por inobservancia total de las solemnidades legales, y también puede oponerle las excepciones personales, como la nulidad proveniente de incapacidad o de vicios del consentimiento. Pero en la novación por cambio de acreedor ocurre otro tanto, porque la ley subordina la validez de ella a la existencia y validez de la obligación primitiva (art. 1689). De suerte que si esta no existe o es inválida por vicio objetivo o subjetivo de parte del deudor, este puede invocar la nulidad de la novación, por acción o proponiendo las excepciones reales o personales pertinentes.

652. La novación por cambio de acreedor y el pago con subrogación. Difieren también estas dos figuras, por cuanto la novación por cambio de acreedor necesariamente requiere el consentimiento del deudor, al paso que la subrogación por el pago se obra de ordinario sin dicho consentimiento, que solo interviene en casos excepcionales (art. 1668, 5º y 6º). Por ello, la novación no exige una ulterior notificación al deudor, quien ya ha consentido en ella para que se produzcan sus efectos frente a dicho deudor y a terceros. De la propia manera, cuando la subrogación por el pago es legal actúa por ministerio de la ley, ipso iure, sin necesidad de tal notificación al deudor. Pero si la subrogación es convencional, sí debe notificarse al deudor para que la eficacia de ella trascienda a este y a terceros (art. 1669).

Además, al igual que la cesión de créditos, el pago con subrogación no extingue el crédito pagado, que pasa del acreedor satisfecho al solvens subrogado con todos sus accesorios, privilegios y garantías, a diferencia de la novación, que extingue totalmente el vínculo obligatorio novado con todo lo que le pertenece, imponiendo así la necesidad de reservar esos accesorios y garantías si se quiere que pasen a adherir al nuevo crédito. Esta última diferencia fundamental entre las dos instituciones determina la declaración categórica de la ley al respecto: "Tampoco la hay [novación] cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor" (art. 1691, inc. 2º).

[73] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, núm. 322, págs. 309 y 310.

II. Requisitos de la novación

653. Enumeración.—Se tienen como condiciones esenciales de la novación: 1ª) existencia de dos obligaciones sucesivas; 2ª) validez de la causa de ambas obligaciones; 3ª) diferencia entre ambas obligaciones; 4ª) capacidad de las partes, y 5ª) intención de novar.

654. 1ª) Existencia de dos obligaciones sucesivas.—Al definir el artículo 1687 que la novación "es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida", está afirmando que el objeto de este acto jurídico consiste en extinguir una obligación preexistente y en crear otra nueva que la sustituya. Por consiguiente, tiénese que la existencia de esas dos obligaciones constituye elemento esencial del acto novatorio (essentialia negotii), sin el cual, o no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro acto diferente (art. 1501).

De suerte que la obligación que se trata de novar debe haber nacido por el perfeccionamiento del acto o por la ocurrencia del hecho que, conforme a la ley, constituyen su causa eficiente: la celebración del contrato o del acto jurídico unipersonal, el hecho ilícito nocivo, el enriquecimiento sin causa, etc. Entonces, si se trata de una obligación contractual o emanada de un acto jurídico unipersonal, es necesario que el acto o contrato reúna las condiciones para su existencia: voluntad o consentimiento de los agentes, y objeto posible y determinado, pues la falta de tales requisitos impide la formación de dicho acto o contrato y repercute sobre la existencia de las obligaciones que se podrían derivar de él.

Excepcionalmente, la inobservancia de las solemnidades prescritas por la ley en consideración a la naturaleza del acto o contrato —que, cuando es una inobservancia total, como la omisión de la escritura pública en la venta de inmuebles, genera inexistencia, y cuando es parcial puede ser motivo de nulidad absoluta (art. 1741)— no obsta la novación, comoquiera que la ley, sin entrar en las precitadas distinciones, reconoce a las obligaciones procedentes de tales actos, aunque no una existencia civil, sí una existencia natural (art. 1527, num. 3) que les permite servir de objeto para la novación (art. 1689). Así, en el ejemplo propuesto, el vendedor de un inmueble por documento privado podría novar su obligación natural de dar la cosa vendida, obligándose, v. gr., a darle al comprador cierto número de cabezas de ganado.

En el mismo orden de ideas, la obligación que se trata de novar no solo debe haber nacido civil o naturalmente, sino que debe subsistir al tiempo de la novación, pues si se ha extinguido antes, como cuando versa sobre cuerpo cierto que ha perecido, el objeto de la novación, cual es la sustitución de la obligación primitiva, deviene imposible porque no se puede extinguir lo que ya está extinguido[74].

[74] Pothier, Obligations..., núm. 585.

Lo expuesto antes se predica con igual alcance respecto de la nueva obligación. Esta debe exisitir por lo menos naturalmente. Por tanto, si en la novación falta el consentimiento del deudor, o del acreedor, o del tercero llamado a participar en ella, el acto novatorio no se perfecciona ni genera obligación alguna. Y si falta su objeto, del que es parte integrante y esencial la obligación sustitutiva, según ya quedó dicho, tampoco hay novación. Pero la inobservancia de la forma solemne tampoco la obstaculiza, porque la nueva obligación que no nace civilmente, constituye en tal caso una obligación natural apta para sustituir a la novada (arts. 1527, ord. 3º, y 1689).

655. Obligaciones condicionales.—Si las obligaciones que intervienen en la novación, o algunas de ellas, son condicionales, los efectos de la novación se suspenden hasta el cumplimiento de la condición (art. 1692). Esta regla, tomada del derecho romano, se deriva del régimen general de la condición, que no solamente afecta el goce actual del derecho y la exigibilidad de la obligación, sino que paraliza el nacimiento mismo de aquel y de esta hasta el cumplimiento del hecho condicionante (incipet a conditione). En consecuencia, si la condición falla, o si el germen de la obligación que existe hasta que se decide la suerte de aquella se hace imposible, como en el caso de pérdida de la cosa objeto de la obligación antigua, se reputa que no hay novación (ibídem). Pero si las partes convienen en que la novación se perfeccione sin aguardar al cumplimiento de la condición de que pende la obligación antigua, con lo cual ellas disponen, como bien pueden hacerlo, de ese germen de obligación, extinguiéndolo definitivamente y sustituyéndolo por una obligación nueva, pura y simple o condicional, tal convenio es plenamente eficaz. Esto es lo significado por el inciso final del artículo 1692 del Código Civil.

656. 2ª) Validez de la causa de ambas obligaciones.—Las obligaciones que intervienen en la novación no solamente deben existir, por cuanto constituyen el objeto específico de dicho acto, sino que tienen que ser válidas. Así lo requiere el artículo 1689, a cuyo tenor: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente". Como se ve, la redacción de este texto legal, que no es obra de Andrés Bello, sino de la comisión revisora, es totalmente impropia: en forma pleonástica exige, para que sea válida la novación, que el contrato de novación sea válido, a lo menos naturalmente; no hay contratos naturales, sino obligaciones naturales, y estas existen y son válidas como tales, o no existen: no hay obligaciones naturales inválidas; la validez o invalidez se predican de los actos jurídicos en general, y de los contratos en particular y, por ello, está bien decir que el acto novatorio debe ser válido; solo por elipsis inconveniente puede hablarse de obligaciones inválidas para aludir a los vicios de que adolece el acto que le sirve de causa.

En todo caso, el requisito en cuestión consiste en que si la obligación primitiva emana de un acto jurídico (causa generandi), este debe reunir las condiciones para su validez, así como también el acto novatorio. Por tanto, si aquel o este adolece de incapacidad de los agentes, de vicios del consentimiento de ellos, de ilicitud en el objeto o en la causa, de lesión dirimente, o de inobservancia de formalidades que no excluyan totalmente la solemnidad prescrita, la sustitución novatoria es nula y, declarada esta nulidad, la obligación nueva se extingue y la antigua renace, a menos que dicha declaración de nulidad se pronuncie respecto del acto que le dio nacimiento a esta obligación primitiva.

Pero, a propósito de este requisito, cabe observar que la nulidad, tanto la absoluta como la relativa, son saneables por ratificación y por prescripción veintenaria, para la primera y cuatrienal, para la segunda. Por consiguiente, si al celebrarse el acto novatorio las partes ya han adquirido la capacidad legal requerida, dicho acto implica la ratificación del acto o contrato que originó la obligación antigua, quedando así excluida por este aspecto la nulidad de la novación. Con otras palabras: cuando el acto o contrato que dio nacimiento a la obligación antigua fue celebrado por un incapaz, quien en el momento de novar ya tiene la libre administración de sus bienes, al intervenir este en el acto novatorio, ratifica el acto o contrato que era nulo. En conclusión, el problema de la nulidad de la novación queda reducido a los vicios de que adolezca, excepto los casos en que la obligación nueva exista naturalmente, pues los vicios que afectaron el acto generante de la obligación antigua quedan saneados por la novación válida, lo que también patentiza la inexactitud de la fórmula general empleada por el artículo 1689.

657. 3ª) Diferencia entre ambas obligaciones o la causa de ellas.—Según quedó visto, la novación se produce cuando se cambia uno de los elementos estructurales de la obligación primitiva, acreedor, o deudor, u objeto, y también, siguiendo la tradición romana, cuando se modifica el título o causa generandi de dicha obligación. Estos cambios, cuando se hacen con el propósito de dar por extinguida la obligación primitiva, sustituyéndola por otra enteramente nueva, se consideran sustanciales, por oposición a los cambios accidentales que no alteran la estructura del vínculo ni su causa, sino que se limitan a introducir modificaciones que no alcanzan tanta trascendencia como para estimar extinguido ese vínculo obligatorio.

658. 4ª) Capacidad de las partes.—Si la novación es un acto jurídico, dedúcese que como tal requiere la capacidad legal de los agentes, es decir, su aptitud para intervenir en el comercio jurídico sin el ministerio o la autorización de otra persona (y no meramente para obligarse, según lo da a entender equivocadamente el artículo 1502 del Código Civil, pues dicha capacidad se requiere aunque solo el agente se beneficie, como si únicamente adquiere la condición de acreedor [nisi meliorem suam condictionem facerit]). Tal requisito se impone con mayores veras en la novación, tanto respecto del nuevo deudor,

quien contrae una obligación, como respecto del acreedor, quien al extinguir la obligación primitiva dispone de su derecho crediticio. Por tanto, la incapacidad de cualquiera de ellos genera la nulidad de la novación, como expresamente lo declara el Código de Napoleón (art. 1272), al paso que el nuestro guarda silencio sobre el particular.

Pero, como este último dispone, en su ya criticado artículo 1689, que "para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente", algunos de sus intérpretes, influidos por la impropiedad conceptual de este texto, llegan a opinar que es válida la novación en que interviene como nuevo deudor un incapaz relativo quien quedaría obligado naturalmente[75]. Estimamos nosotros que esta opinión no es verdadera. El citado artículo requiere que el contrato de novación sea válido, aunque agrega que "a lo menos naturalmente", confundiendo así, según quedó enunciado, el acto jurídico (que siempre es civil, válido o inválido) con las obligaciones, que son las únicas que pueden ser calificadas de naturales. Entonces, según las reglas generales, mejor aplicadas en sus proyectos por el señor Bello, si quien contrae la obligación nueva es relativamente incapaz, la novación es también relativamente nula y ese deudor puede pedir su rescisión. Pero la novación, existe y produce sus efectos mientras no sea anulada, y ello porque esa nueva obligación también existe como natural, y, con este carácter, puede entrar en la operación sustitutiva que constituye su objeto. En consecuencia, si posteriormente el deudor que ha novado siendo relativamente incapaz adquiere la administración de sus bienes y paga la nueva obligación, ratifica esta, y ya no puede repetir lo pagado, esto es, que convalida la obligación nula, lo mismo que si deja transcurrir el lapso de prescripción cuatrienal sin ejercer la acción rescisoria del acto.

659. La capacidad de los representantes.—La novación puede realizarse por intermedio de los representantes legales o convencionales de las partes. Como los primeros —los padres en ejercicio de la patria potestad y el tutor o curador— tienen amplias facultades administrativas, sin otras limitaciones que las expresamente impuestas por la ley, pueden ellos novar, siempre y cuando que este acto no implique enajenación de bienes inmuebles, quedando comprendidas en esta restricción la renuncia y la constitución de hipotecas, para las cuales también se requiere autorización judicial, por ser actos de enajenación relativos a bienes inmuebles. Por el contrario, los representantes convencionales siempre necesitan tener facultad para novar, bien sea especial u otorgada mediante la cláusula de libre administración de los negocios del mandante o del negocio a que pertenece la deuda. Respecto de esto último (la cláusula de libre administración), tiene efecto una de las aplicaciones del artículo 2159, según la cual, "por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el

[75] Claro Solar ob. cit., t. xii, pág. 410 in fine, seguido por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 147, pág. 96.

mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula", y el artículo 1688 precisamente le atribuye la facultad de novar al mandatario con libre administración.

660. 5ª) La intención de novar.—Visto está que en el derecho romano no se consideró, hasta poco antes de Justiniano, el animus novandi, porque hasta entonces, debiéndose celebrar la novación por la stipulatio o el contrato litteris, bastaba la observancia de la forma solemne, propia de estos actos, para que se produjeran los efectos novatorios, con prescindencia de la intención de las partes. Pero desde la época justinianea, el animus novandi cobró grande importancia, hasta el punto de hacerse depender principalmente de este requisito que el acto pudiese ser calificado como novación o como otro acto diferente. Así, para terminar las discusiones que venían presentándose al respecto, Justiniano adoptó una fórmula tajante: el animus novandi debía ser expreso; de no serlo, no había novación[76]. De esta suerte se sustituyó la antigua presunción, según la cual el empleo de las formas sacramentales del contrato solemne implicaba iuris et de iure la intención novatoria, por otro requisito igualmente tocado de formalismo, aunque en menor grado: la declaración expresa del animus novandi. La doctrina posterior de los civilistas atenuó semejante rigor y admitió, como lo hace nuestro ordenamiento, que la intención novatoria puede ser expresa, o también tácita cuando aparezca indudable que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua (art. 1693). Esta restricción legal para la apreciación del ánimo novatorio tácito delimita el campo de acción de las partes para disponer a su arbitrio cuándo hay o no novación, pues si entre la obligación primitiva y la nueva se ofrece manifiesta incompatibilidad, como si aquella tiene por objeto la dación de un caballo y esta la entrega de una suma de dinero, tal incompatibilidad determina una novación, aunque dichas partes equivocadamente declaren lo contrario. Además, la mencionada precisión legal, que reduce la intención novatoria tácita a la incompatibilidad entre la obligación primitiva y la nueva, impide devaneos judiciales al respecto, ya que excluye la autonomía del juzgador para resolver discrecionalmente si hay o no ánimo novatorio, circunscribiéndola a la comprobación de si existe o no dicha incompatibilidad entre las obligaciones, apreciación esta que es susceptible de manifiesto error de hecho acusable en casación. Sin embargo, del formalismo que exigía la intención novatoria expresa no se ha podido excluir, por razones que no necesitan mayor explicación, el caso de la asunción de la deuda por un tercero, en el cual, si no se da la intención expresa del acreedor de declarar libre al deudor primitivo, no hay novación, sino coexistencia de las dos obligaciones, vinculadas entre sí como principales o como principal la una y subsidiaria la otra (art. 1694).

Para terminar este aspecto, importa notar que nuestro Código de Comercio vigente ha puesto fin a la polémica tradicional acerca de si la entrega de

[76] Digesto, ley 8ª, tít. 42, De novat, et delegat.

títulos-valores, como una letra de cambio o un pagaré, constituye o no novación o pago de obligación en dinero. El artículo 882, inciso 1º, del Código preceptúa: "La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de esta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera". Por tanto, ese contrato cambiario que se perfecciona por la entrega del título-valor sí configura una novación que extingue la obligación originaria, por cuanto dicho contrato reemplaza la causa o fuente de esa obligación originaria, como sería la compraventa, por ejemplo.

III. Efectos de la novación

661. 1º) SUSTITUCIÓN DE OBLIGACIONES.—Dada su naturaleza híbrida o compleja de convención extintiva y de contrato, el efecto principal de la novación es el de extinguir la obligación preexistente y, a la vez, generar otra obligación nueva en reemplazo de aquella. En virtud de esta operación sustitutiva el vínculo obligatorio primitivo se soluciona totalmente, y así el deudor se libera de la respectiva deuda y el crédito correlativo también desaparece. Y esto ocurre, aunque la novación sea objetiva, vale decir, por cambio de objeto o de causa, como si se sustituye el caballo por dinero, o el dinero por una letra de cambio, porque entonces, si bien es cierto que el acreedor y el deudor permanecen los mismos, entre ellos se traba un vínculo jurídico distinto del extinguido y cuyos efectos comienzan a producirse, a la vez que los de este último, el extinguido, desaparecen; por ejemplo, respecto de la prescripción: el término de la antigua obligación deja de correr, porque esta se extingue por la novación y ya no puede extinguirse después por otro modo, como es la prescripción, y el término de la nueva, si es pura y simple, comienza a correr. Así también, el deudor ya no tiene que conservar el caballo que ha dejado de deber, y si estaba en mora de pagar dinero y, por ello, debía intereses moratorios, al recibir el acreedor la letra de cambio sin reservas, estos intereses insolutos se extinguen. Y lo propio sucede si la novación es subjetiva: si por cambio de acreedor, porque esta novación supone que el acreedor originario declara libre a su deudor, y si por cambio de este último, porque también el acreedor debe liberarlo al aceptar al nuevo deudor.

Consecuencia de la extinción de la obligación primitiva en virtud de la novación, es la de que la insolvencia del nuevo deudor no hace revivir la obligación del deudor primitivo. Dice el artículo 1696: "El acreedor que ha dado por libre al acreedor primitivo no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida por el deudor primitivo". La excepciones que trae este texto se explican: la primera, porque si las partes han reservado la solvencia

del nuevo deudor, pactan una novación condicional (art. 1692), y la segunda, porque la ley presume esta condición de que el nuevo deudor sea solvente al tiempo del pago de su obligación, cuando al novar, su insolvencia era pública o conocida por el deudor primitivo.

662. 2º) CODEUDORES SOLIDARIOS Y SUBSIDIARIOS.—Dispone el artículo 1704: "La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella". Tal es lo que, incurriendo en redundancia, repiten los artículos 1576 y 2406. Si la obligación primitiva existe a cargo de varios codeudores solidarios, la novación pactada entre el acreedor y alguno de ellos libera a los demás codeudores, pero, claro está, a menos que estos convengan en acceder a la nueva obligación. Otro tanto sucede cuando del deudor principal nova la obligación primitiva respecto de la cual existían deudores subsidiarios, como el fiador o un tercero que hubiera asumido el pago de la deuda de aquel, sin el consentimiento del acreedor o sin que este hubiese liberado a dicho deudor principal. Esta novación también extingue la obligación subsidiaria, a menos que su deudor consienta en acceder a la nueva obligación principal.

Sin embargo, como ya se dijo, los efectos de la novación también pueden hacerse pender de una condición (art. 1692), y así las partes pueden condicionar aquella a que los codeudores solidarios o subsidiarios de la obligación primitiva accedan a la nueva. Entonces, en el supuesto de fallar esta condición, la novación se tendrá por no hecha, como superflua (casuísticamente lo declara el art. 1710). En todo caso, de no pactarse esta condición, la novación entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios o el deudor principal, extingue la obligación primitiva respecto de los otros codeudores o de los deudores subsidiarios, respectivamente.

663. 3º) LA EXTINCIÓN Y LA RESERVA DE LAS PRENDAS E HIPOTECAS.—Como estos derechos reales de garantía son accesorios de la obligación que caucionan, al extinguirse esta aquellos también se extinguen. Pero, para no excluir en la práctica la novación en la cual los acreedores dejarían de consentir al perder irremisiblemente las garantías reales de sus créditos, prefiriendo siempre, en lugar de ella, la cesión de tales créditos o el pago con subrogación de ellos, la ley autoriza la reserva de las prendas e hipotecas, con ciertas restricciones que, superando el casuismo del Código, se pueden resumir así: a) la reserva requiere el consentimiento del dueño del bien pignorado o hipotecado, y b) la reserva no puede variar el objeto del derecho real de garantía ni aumentar el monto de esta.

664. a) CONSENTIMIENTO DEL DUEÑO.—Si este es deudor primitivo debe consentir expresamente en la reserva. Así, en la novación pactada entre el nuevo deudor y el acreedor, sin contar con el deudor primitivo, aquellos no pueden reservar hipotecas o prendas sobre los bienes de este, las cuales quedan, por

tanto, extinguidas (art. 1701, inc. 1º). Y si el dueño o condueño del bien gravado es un codeudor solidario, o es un tercero que lo ha hipotecado o dado en prenda para seguridad de la deuda del deudor principal, o que ha adquirido tal bien antes de la novación, y no presta expresamente su consentimiento para que la garantía pase a la obligación nueva, la hipoteca o la prenda también se extinguen (arts. 1701, inc. 2º, y 1702, inc. 2º).

665. b) La identidad del objeto y del monto de la garantía.—Superfluamente dice el artículo 1702: "Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efectos sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento". Esto es obvio sin necesidad de declaración legal: carecería de todo sentido reservar una hipoteca o una prenda que pesa sobre un bien para trasladarla a otro bien que no estaba afecto a ella; semejante pacto no podría interpretarse como una reserva, sino como la liberación del bien gravado y la constitución de una nueva garantía real sobre otro bien distinto, y esto sería así, no solo en el caso de cambio de deudor, que contempla el texto legal transcrito, sino en cualquier otro en que se cambiase el bien gravado.

Tampoco puede la reserva de la hipoteca o la prenda extender la garantía más allá del monto de la obligación primitiva garantizada. Tal es lo expresado en el inciso 3º del artículo 1701, a cuyo tenor, "tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses".

En suma, con las precitadas restricciones legales, las hipotecas y las prendas pueden ser reservadas en la novación, aspecto que es de notable importancia, porque de no ser posible tal reserva, al extinguirse la obligación primitiva garantizada, esos derechos reales accesorios igualmente se extinguirían, como también el derecho de preferencia (ius preferendi) propio de ellos.

666. La renovación de las prendas e hipotecas.—En los casos en que no haya reserva de las prendas e hipotecas, bien sea porque las partes la omitan, o bien porque falte el consentimiento del dueño de aquellas, tales garantías pueden renovarse después de haberse extinguido. En realidad, esta renovación no es tal, sino la constitución de nuevas prendas o hipotecas, como lo son las que recaen sobre bienes distintos de los afectos al pago de la obligación primitiva y las que cubren el exceso de la obligación nueva respecto de la antigua. Precisamente, por no tratarse de renovación, el derecho de preferencia de las prendas o hipotecas extinguidas desaparece con ellas y el que corresponde a las nuevas prendas o hipotecas que se constituyen solo cuenta a partir de la constitución de estas. Esto es lo significado por el artículo 1703.

667. 4º) Extinción de los privilegios.—El artículo 1700 preceptúa: "Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los

privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación". Apártase entonces nuestro Código de la solución francesa, adoptada por BELLO en sus primeros proyectos y finalmente rechazada por él, conforme a la cual en la novación está autorizada la reserva de los privilegios del crédito novado.

Esta solución francesa es injurídica, porque el privilegio, entendiendo por tal la preferencia que la ley le asigna a un derecho, no es un accesorio desprendible de este sino una característica especial que forma parte integrante del derecho mismo (art. 2493) y que, por tanto, no puede ser negociado separadamente de él; a esto se agrega que, como es una característica excepcionalmente asignada por la ley, en consideración a circunstancias especiales que aconsejan la modificación del régimen general, no puede ser objeto de traspasos por convenciones entre particulares. Así, tratándose de créditos privilegiados, como lo son entre nosotros, por ejemplo, los créditos por sueldos y prestaciones provenientes del contrato de trabajo y los del fisco y las municipalidades por impuestos devengados, al extinguirse estos por virtud de una novación, no puede reservarse su privilegio legal, cual si fuera un elemento independiente, para inyectárselo a otro crédito común. De suerte que la solución colombiana responde mejor a los dictados jurídicos al declarar, sin excepción, que "los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación".

Sin embargo, la precitada fórmula no puede tomarse al pie de la letra[77], pues, según quedó previsto, la ley sí autoriza la reserva de las hipotecas y las prendas, la que implica a su vez la reserva de la preferencia (ius preferendi) propia de tales derechos reales. Luego, hay que distinguir: si el crédito novado es quirografario, es decir, desprovisto de garantías reales, pero la ley lo erige en privilegiado, como el proveniente de una prestación laboral, este privilegio inherente al crédito se extingue con la novación. Mas si la preferencia ya no es del crédito, sino de la garantía real accesoria a este, la reserva de dicha garantía sí envuelve la de la preferencia, que es atributo esencial de los derechos reales. Lo contrario equivaldría a sostener que se podría reservar una hipoteca o una prenda, pero perdiendo estas su calidad de derechos reales de garantía.

668. 5º) EXTINCIÓN DE LOS INTERESES.—Si la primera obligación producía intereses remuneratorios o moratorios, estos no pasan a la nueva obligación. Sin embargo, como tales intereses son un accesorio del crédito novado, bien pueden las partes trasladarlos al crédito nuevo (art. 1699).

669. 6º) LA CLÁUSULA PENAL.—La mera estipulación de una cláusula penal, así sea posterior a la formación de la obligación principal, no implica novación de esta, a menos que se pacte que el quebrantamiento de dicha obligación principal solamente dará lugar a la pena, y el acreedor, al presentarse tal que-

[77] En contra, ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 660, pág. 399.

brantamiento, solo exige la pena (art. 1706). Considera así la ley esta hipótesis como constitutiva de una novación condicional (art. 1692) que se perfecciona, no al incumplirse la obligación principal, presupuesto condicionante de la obligación penal, sino al optar el acreedor por el cobro de esta. Pues bien, lo que interesa de esta solución alambicada es que, al perfeccionarse esa novación condicional, se extinguen los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y quedan exonerados quienes accedieron a ella como deudores solidarios o subsidiarios y no accedieron a la obligación penal.

IV. Estipulaciones que no causan novación

670. Precisión.—Ya quedó advertido que, para que se produzca la novación con los efectos que hemos relacionado, se requiere que el contrato le introduzca al vínculo obligatorio de que se trate cambios sustanciales que revelan expresa e inequívocamente en los contratantes el ánimo de extinguir dicho vínculo y de sustituirlo por otro enteramente nuevo que difiera de aquel por alguno de sus sujetos, o por su objeto, o por la causa generandi (art. 1693). No produciéndose estas precisas condiciones, los cambios introducidos por el pacto son accidentales y solamente dan lugar a que subsistiendo la obligación primitiva, se modifique el régimen a ella asignado cuando fue contraída.

671. Enumeración.—Así, conforme a la ley y a la doctrina, no hay novación: por cambio del objeto, del acreedor o del deudor en los siguientes casos:

672. a) Por cambio del objeto.—1º) Cuando se amplía o se reduce el plazo para el cumplimiento de la obligación (arts. 1708 y 1709).

2º) Cuando se cambia el lugar para el pago de la obligación (art. 1707).

3º) Cuando se estipulan intereses que el crédito no devengaba, o se aumentan, o disminuyen, o suprimen los que sí devengaba, porque los intereses son accesorios de dicho crédito, y su modificación no altera la prestación principal.

4º) Cuando se constituyen garantías que la obligación no tenía, o se aumentan, reducen o suprimen las que sí tenía, porque las garantías también son accesorios del crédito y su modificación no altera la prestación principal.

5º) Cuando se estipula posteriormente una pena, pactada en forma tal que no excluya la exigibilidad de la obligación principal (art. 1706). Se explica: en principio, la obligación principal y la pena no son acumulables, sino que el acreedor tiene que optar por la una o por la otra (art. 1594). Así pactada simplemente una pena, no hay novación, porque la obligación principal subsiste y puede ser exigida. Si la pena se pacta para la sola indemnización moratoria, o aun para la indemnización compensatoria, estipulándose que la pena puede exigirse sin perjuicio de la obligación principal (rato manente pacto), tampo-

co hay novación, porque en tales hipótesis el acreedor conserva su derecho a exigir la obligación principal acumulativamente con la pena. Pero si se pacta, caso inusitado, que el acreedor solamente podrá exigir la pena en caso de incumplimiento de la obligación principal, sí hay novación, porque la obligación principal ya no podrá exigirse y queda reducida a desempeñar el papel de condición de que se hace depender la obligación penal.

6º) Si se pacta el cambio de la prueba de la obligación, como cuando se estipula que el contrato de arrendamiento que es consensual se eleve a escritura pública, o cuando esta escritura se otorga sin pacto previo. La obligación u obligaciones han nacido válidamente sin necesidad de esa escritura y subsisten idénticas con el otorgamiento de esta, a menos que el pacto consista en que el contrato, por ejemplo nuestro arrendamiento, no se repute perfecto mientras no se firme la escritura. En este último caso se han subordinado las obligaciones del contrato a una condición y no nacen mientras esta no se cumpla (art. 1979). Pero aquí tampoco hay novación, porque no se dan obligaciones sucesivas, sino una o unas solas obligaciones coetáneas: las producidas por el contrato que se perfecciona al ser escriturado.

673. b) Por cambio del acreedor.—1º) Cuando este no hace más que diputar (comisionar) a una persona para que reciba el pago por él. El acreedor no cambia y el pago al diputado se entiende hecho a aquel (art. 1691).

2º) Cuando el crédito se desplaza del acreedor a un tercero, sin que el vínculo jurídico se destruya, como sucede en la cesión del crédito o en el pago con subrogación (arts. 1691, 1959 y ss.).

674. c) Por cambio del deudor.—1º) Cuando un tercero asume la deuda y el acreedor no consiente en dar por libre al deudor primitivo, aunque acepte la asunción de la deuda por el tercero, pero solo a manera de garantía adicional de su crédito (art. 1694).

2º) Cuando el deudor se limita a diputar al tercero para el pago de la deuda (art. 1691).

675. Efectos especiales de algunas modificaciones accidentales.—Si, según ha quedado dicho, las modificaciones accidentales no producen novación ni, por ende, los efectos de esta —como es el caso de la extinción de la obligación primitiva—, sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley, debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quienes no han participado en el acto que las introduce. Así, se tiene que:

1º) La ampliación del plazo de la obligación pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas y las hipotecas constituidas por terceros, porque es de presumir que ellos han tenido la intención de limitar las garantías prestadas al tiempo primeramente señalado (art. 1708). Por la misma razón,

la reducción del plazo no los afecta, porque su responsabilidad solamente comienza a la expiración del plazo primitivo.

2º) El cambio de lugar para el pago deja incólumes las hipotecas y prendas, y la responsabilidad de los deudores solidarios y subsidiarios; pero si dicha mutación ocasiona mayores gravámenes, estos no afectan a dichos codeudores solidarios, ni a los terceros garantes (art. 1707).

3º) Lo mismo se predica del pacto de intereses antes no estipulados o del aumento de los que sí lo estaban: tal pacto no puede afectar a los codeudores y terceros garantes que no han participado en él; se trata aquí de obligación nueva a que ellos no acceden.

4º) Si posteriormente se pacta una pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal, en forma tal que el acreedor solamente pueda exigir la pena, mientras esta no es exigida por el acreedor, el artículo 1707 considera que esta ostensible novación no lo es y, por tanto, la responsabilidad de los codeudores solidarios y las garantías por terceros subsisten. Pero al exigir el acreedor la pena que, según el pacto, es la única que puede exigir, se reputa que entonces sí hay novación y se extinguen aquellas responsabilidad y garantías. Tales son las enrevesadas soluciones del texto citado.

APÉNDICE

La delegación

676. Concepto.—Consiste esta en que una persona llamada delegante encargue a otra llamada delegada para que asuma la ejecución de una prestación en favor de otra llamada delegataria. Vendo un inmueble y delego en el comprador el pago a un tercero de la obligación hipotecaria que pesa sobre ese inmueble. Giro una letra de cambio a cargo de un corresponsal mío, de quien puedo ser o no acreedor, para que le pague su importe al beneficiario, etc.

677. Reseña histórica.—Incurriendo en confusión de ideas que ya venía de la época clásica, los redactores del Digesto creyeron hallar una figura autónoma, la delegatio, próxima a la novación, y que unas veces se subsumía en esta y otras no, por lo cual involucraron en un solo tratado las reglas de la novación y las que estimaron como propias de la delegación. Esta confusión ideológica y sus aludidas consecuencias metodológicas pasaron al derecho español, al Código de Napoleón y al nuestro, ordenamientos estos en los que, al igual que en otros, se han planteado polémicas bizantinas en torno a la delegación que, al fin y al cabo, es un espejismo, producto de la hibridación de otras figuras claras y definidas.

678. Naturaleza jurídica.—Como acabamos de decirlo, la delegación, pese a los intentos doctrinarios y legislativos que se han realizado para tipificarla

y dotarla de un régimen propio, no es realmente una figura autónoma, sino la infortunada amalgama de otras entidades jurídicas en ella confundidas.

En efecto, y en primer término, la delegación estructura una novación, cuando se dan las condiciones de esta. Le vendo mi casa a A y lo delego para que le pague el precio a mi acreedor B. Si el comprador A se obliga a pagarle a mi acreedor B y este acepta tal obligación nueva y, además, consiente en declararme libre de mi deuda primitiva, se configura una típica novación por cambio de deudor, con todas las consecuencias que esta última apareja. Por tanto, ¿para qué inventarle a esta figura, que cuenta con el consentimiento y el animus novandi del acreedor, del deudor primitivo y del deudor sustituto, otra denominación distinta, que es la de delegación perfecta que solo sirve para ocasionar confusiones?

Si le vendo mi casa a A y lo delego para que le pague el precio a mi acreedor B, y el comprador A se obliga a hacer este pago, pero todavía no contamos con el consentimiento de mi acreedor, se configuran una estipulación para otro, que genera una obligación para el prometiente A y un crédito correlativo para mi acreedor beneficiario de la estipulación B (art. 1506). Ahora bien, la suerte de esta estipulación que, como hipótesis, se ha realizado sin el consentimiento del acreedor, puede variar: si este la acepta y además conviene en dejarme libre de mi obligación primitiva, se produce novación por cambio de deudor (art. 1690, núm. 2); si el acreedor la acepta pero no me libera, no hay novación, sino que se consolida la estipulación para otro (art. 1506), y el acreedor entra a contar con dos deudores, yo, el deudor primitivo cuya deuda no se extingue, y el nuevo deudor, que puede ser solidario, colateral o subsidiario de aquel (art. 1694); y, en fin, si el acreedor rechaza la estipulación a su favor, la obligación del prometiente se extingue, y este queda reducido a la condición de mandatario o diputado mío para el pago (art. 1694). Luego, si en esta hipótesis en que se configura una estipulación para otro, gobernada por las reglas de ella y eventualmente por las de la novación o las del pago de deuda ajena, ¿para qué se le da la denominación de delegación perfecta o imperfecta, según que derive o no hacia la novación?

Le vendo mi casa a A, quien me queda debiendo el precio, y sin contar con su consentimiento convengo con mi acreedor B en que el comprador A le pagará la deuda; no hay novación, porque el nuevo deudor no ha consentido, sino cesión a mi acreedor B de las acciones contra mi deudor A, cesión que se rige por las reglas de la cesión de acciones (art. 1695). Por consiguiente, ¿para qué hablar de una delegación, según lo hace el artículo 1695, si en realidad no existe ninguna delegación, precisamente por faltar el consentimiento del delegado?

Finalmente, si yo no convengo con mi comprador A en que este me sustituya como deudor frente a mi acreedor B, sino que comisiono a aquel para que le pague mi deuda a este con los fondos del precio insoluto de la venta, se produce un mandato o diputación para el pago (art. 1691), que no deja de ser tal porque se le llame delegación.

679. Clasificación de la delegación.—Conforme a lo dicho en el apartado anterior, la introducción en nuestro ordenamiento de esa figura híbrida tradicionalmente denominada delegación ha dado lugar a una clasificación de ella en delegación perfecta o novatoria, cuando extingue una deuda del deudor primitivo o delegante, a la vez que genera otra obligación nueva a cargo del deudor sustituto o delegado, es decir, cuando se estructura una novación por cambio de deudor; y delegación imperfecta cuando el encargo que le hace el delegante al delegado no extingue una obligación del primero, bien sea porque esta no existe o porque, existiendo, el acreedor delegatario no conviene en liberar de ella al delegante.

680. a) Delegación perfecta.—Si esta es una novación por cambio de deudor cuando se dan todos los requisitos de esta modalidad, síguese que también se producen todos los efectos de la novación ya examinados.

Pretenden algunos encontrar en la delegación perfecta un efecto especial que no se daría en la novación[78]. En caso de que el deudor delegado resulte insolvente, el acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo o delegante no tiene acción contra este, a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo (art. 1696).

Pues bien, esta no es una diferencia entre la novación y la delegación, sino una simple aplicación de la preceptiva de la novación condicional (art. 1692). Si entre el acreedor, llámesele o no delegatario, y el deudor primitivo, llámesele o no delegante, se ha pactado como condición la solvencia del nuevo deudor, llámesele o no delegado, al fallar esta condición la novación no se perfecciona. Y, además, la ley presume establecida esta condición cuando la insolvencia del nuevo deudor es anterior al acto novatorio y pública, o conocida del deudor primitivo. No existe, pues, esta diferencia que pudiera justificar siquiera que se entronizara la delegación perfecta al lado de la novación.

681. b) Delegación imperfecta.—El deudor encomienda a un tercero para que le pague una deuda de aquel a su acreedor o para que se haga cargo de dicha deuda, pero sin que esta asunción implique la extinción de esa deuda del delegante, por no consentir en ello el acreedor delegatario.

Si el encargo se reduce a que el delegado pague la deuda del delegante, hay un mandato o diputación para el pago que se rige por las reglas del mandato, y el pago se rige por las del que hace el mandatario por cuenta de su mandante.

Ahora, si el delegado asume la obligación del delegante, como si el comprador de mi casa se obliga (prometiente) para conmigo (estipulante) a pagarle el precio a un acreedor mío (beneficiario), hay una estipulación para otro, sujeta

[78] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 671, pág. 404.

a las reglas de esta figura (art. 1506). El acreedor cuenta con dos deudores que puede tener como solidarios, colaterales, o principal y subsidiario, según las circunstancias y la forma en que dicho acreedor beneficiario acepte la estipulación (art. 1694). Y si no la acepta, la obligación del prometiente se extingue, porque el acreedor beneficiario no puede ser obligado contra su voluntad a adquirir el crédito correlativo; pero si el prometiente le paga al acreedor su obligación, aun contra su voluntad, el pago es válido (art. 1630), y se rige por las reglas del pago por mandatario, porque en todo caso yo había diputado al prometiente para liberarme de mi deuda y este había aceptado la diputación.

682. El pago por error del delegado.—El artículo 1697 sienta una regla que es común a la novación y a la delegación. Dispone la norma: "El que delegado por alguien de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de este pagarle para liberarse de falsa deuda, es obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él o le reembolse lo pagado". La hipótesis consiste, pues, en que A, creyéndose erróneamente deudor de B, acepta la delegación de este de pagarle una deuda del mismo B, a C. El texto legal resuelve la cuestión en el sentido de que, el delegado A, pese a su error de creerse deudor del delegante B, continúa obligado a pagarle al acreedor C; pero, verificado este pago, A puede repetir contra su falso acreedor y delegante B. Esta solución romana reduce así los efectos del error en el pago y, más aún, del error en la promesa de pago, en las circunstancias anotadas, a las relaciones entre el delegante y el delegado. Este último no puede alegar su error contra el delegatario, pero sí tiene acción contra su delegante para compelerlo a que pague por él, o si ya ha pagado, a que le reembolse lo pagado. Más aún, conforme al artículo 1668, ordinal 5º, el delegado, por cuanto en este caso paga con el consentimiento del delegante, también se subroga en el crédito del delegatario, con todos sus privilegios, accesorios y garantías. Tiene, pues, dicho delegado que paga, opción para ejercer contra el delegante la acción de reembolso o la acción subrogatoria.

683. El pago por error del delegante.—Contempla esta hipótesis el artículo 1698: "El que fue delegado por alguien que se creía deudor y no lo era, no es obligado al acreedor, y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado". A, creyéndose deudor de B, delega a C para que le pague a este. Entonces, si el supuesto acreedor delegatario le demanda el pago al delegado, este puede oponerle la excepción de inexistencia de la deuda del delegante. Y si el delegado, creyendo verdadera la deuda del delegante, se la paga al supuesto acreedor delegatario, los efectos de este pago ya solo miran a las relaciones entre el delegante y el delegatario, dejando a salvo la situación del delegado. Así, si este último es un simple diputado del delegante, al cumplir

el mandato tiene acción de reembolso contra este; y si el delegado era deudor del delegante, su obligación se extingue. Pero, el delegante que ordenó un pago de lo no debido, tiene acción de repetición contra el delegatario que lo recibió.

Título VII

LA COMPENSACIÓN

I. Generalidades

684. Concepto.—La compensación es un modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas, que evita un doble pago entre estas. Tiene cabida siempre que cada una de dichas personas es, a la vez, acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí. Por ejemplo, debo a una persona 1.000 pesos que me ha prestado y, en determinado momento, esta resulta deudora mía por igual cantidad de dinero, con motivo de un contrato de arrendamiento que hemos celebrado. De no existir la compensación, uno de nosotros debería pagar los 1.000 pesos y el otro a su vez, tendría que hacer lo propio, requiriéndose así un doble pago que se evita cuando, pesadas entre sí (compensadas, del latín pensare cum) las dos obligaciones recíprocas, se declaran totalmente extinguidas, si son exactamente iguales, lo que es de rara ocurrencia, o extinguidas hasta concurrencia de la menor y vigente la mayor por el saldo excedente.

685. Importancia.—Desde sus orígenes romanos, cada vez se le reconoce mayor utilidad práctica a la compensación. Según se vio, ella simplifica las relaciones entre las partes al obviar un doble pago, un doble desembolso de valores. Asegura la igualdad jurídica entre las partes al evitar que la que primero pague quede expuesta al incumplimiento y aun a la insolvencia de la otra. Previene los litigios que habrían de presentarse cuando cada uno de los acreedores tuviera que demandar a su deudor para obtener la satisfacción de su crédito.

En la vida mercantil, con mayor frecuencia que en la vida civil, las relaciones entre comerciantes suelen generar obligaciones recíprocas, como entre el fabricante y sus proveedores, distribuidores y agentes, entre el banquero y sus clientes, entre mayoristas y minoristas, etc. En tales circunstancias, se ha impuesto el uso de la cuenta corriente mercantil que va registrando créditos y deudas recíprocas, cuyos saldos entran en compensación. Hoy día la compensación ha llegado hasta encontrar carta de naturaleza en campos antiguamente insospechados, como ocurre en el tráfico de cheques, que a diario son girados contra los bancos por innumerables personas que no tienen nexo alguno entre sí. Estas obligaciones bancarias entran en compensación cuando dichos bancos,

en vez de pagar los cheques a su cargo, proceden a "canjearlos", directamente o por intermedio de un organismo creado para simplificar la operación: las cámaras de compensación (clearing houses). De tal suerte, la figura jurídica de la compensación representa en el campo mercantil un estímulo del crédito, factor vital del comercio, y el medio más adecuado para evitar la engorrosa e innecesaria circulación de numerario.

Tiene sí la compensación un inconveniente que se pasa por alto en aras de su considerable utilidad práctica: rompe ella la equitativa igualdad entre los acreedores, otorgando un privilegio en favor del que se convierta en deudor del deudor común. En efecto: si yo le debo $ 1.000 a una persona y $ 100.000 a otros acreedores distintos, en el momento en que yo me convierta en acreedor de aquella también por $ 1.000, este crédito mío, en vez de servir de prenda común a todos mis acreedores, se extingue en exclusivo provecho de mi acreedor por $ 1.000.

II. Clasificación de la compensación

686. Criterios.—Atendiendo a los distintos modos como actúa la compensación y a sus desarrollos históricos, esta se clasifica en legal, convencional, facultativa y judicial.

La compensación legal es, en principio, la que obra por el solo vigor de la ley, sin que para ello cuente el consentimiento y, ni aun, el conocimiento de las partes.

La compensación convencional tiene lugar cuando la legal no puede actuar por falta de alguna de las condiciones requeridas para ella, pero las partes, estando legitimadas para hacerlo, convienen en compensar sus respectivos créditos.

La compensación facultativa obra, como la convencional, cuando es una de las partes la que está legitimada para producirla, imponiéndosela a la otra parte.

En fin, la compensación es judicial, cuando el deudor demandado, no pudiendo proponer la excepción de compensación legal por faltarle a su crédito contra el actor alguna condición para el efecto, formula demanda de reconvención contra dicho actor, y el juez, al encontrar procedentes las encontradas pretensiones de las partes, decreta en su fallo la compensación.

III. La compensación legal

A. Requisitos

687. Enumeración.—Para que proceda la compensación legal, se requiere: a) que las obligaciones que entran en juego existan recíprocamente entre dos mismas personas; b) que tengan por objeto cosas fungibles del mismo género y calidad; c) que ambas sean actualmente exigibles; d) que las dos deudas sean líquidas, y e) que los respectivos créditos sean embargables.

688. a) Reciprocidad de los créditos.—Para que las dos obligaciones al entrar en contacto se destruyan entre sí, es indispensable que existan entre unas mismas personas, cada una de las cuales sea, a la vez, acreedora y deudora de la otra. Tal es lo declarado por el artículo 1714: "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse". Quiere esto decir que para que proceda la compensación legal, cada una de las partes debe ser deudora personal y principal de la otra, según la idea que inspira el artículo 1716, el cual, a más de afirmar que "para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras", descarta la compensación cuando en las partes no se dan las mencionadas calidades. Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador de aquel, porque este es un deudor subsidiario y no principal. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a aquel, pues dicho tutor o curador es un tercero en la relación que vincula al pupilo con su deudor. Y este último ejemplo se predica respecto de todos aquellos casos de representación en que el representante administra negocios ajenos, como los padres de familia o el gestor de una sociedad, a quienes el deudor del hijo de familia o de la sociedad no pueden oponerles deudas del representante, ni este puede oponerle a aquel créditos de su representado. Y valga también como ejemplo en este mismo sentido la inoponibilidad entre cónyuges que deben contribuir al sostenimiento del hijo común, de las pensiones que uno de ellos está debiendo contra un crédito a cargo del otro cónyuge.

En orden a este requisito, el artículo 1717 introduce excepción a la regla general, al autorizar al mandatario para oponer al acreedor de su mandante los créditos que aquel tenga contra dicho acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Esta excepción, tomada del antiguo derecho español, armoniza con el régimen del pago, al que en el fondo equivale la compensación. El mandatario debe y puede, como cualquier persona, pagar por el mandante, aun a pesar de este y del acreedor. No existe, pues, razón alguna para que, en vez de cobrar su propio crédito y con el producto de este pagar después la deuda de su mandante, no pueda oponer la compensación, llamada precisamente a evitar ese doble pago. Siendo esto así, lo que sobra es la exigencia legal de la ratificación por el mandante para un acto que legítimamente puede ser eficaz sin su consentimiento y que, por añadidura, se le imponga al mandatario la prestación de una caución.

Por el contrario, no hace excepción a la regla general, sino que la confirma, el otro caso traído por el citado artículo 1717, a saber: que el mandatario compense una deuda suya en favor de un tercero con una deuda de este en favor del mandante, sin la autorización del mismo. Esta operación ya no favorece al mandante al liberarlo de una deuda, como sucede en el caso antes visto, sino que implica un acto de disposición de un derecho crediticio del mandante en beneficio

del mandatario, para el cual está bien que se exija el consentimiento de dicho mandante, como debe serlo en todos los casos en que el acto le reporte provecho al mandatario a expensas o en contraposición con el interés del mandante.

También hace excepción a la regla que se comenta, pero ya por un aspecto distinto, la disposición del artículo 1716, inciso 4º, que le prohíbe al codeudor solidario compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el acreedor común, salvo que aquellos se los hayan cedido. El codeudor solidario es un deudor personal y principal, luego debería poder efectuar la compensación de que se trata, más aún si él está obligado a pagar no solamente su cuota en la deuda, sino también las que corresponden a sus codeudores. Pese a esta razón de equidad, se le prohíbe tal compensación, con el infundado pretexto de que permitirla propiciaría que ese codeudor se diese a investigar los negocios de sus codeudores.

689. b) Fungibilidad de los objetos.—El artículo 663 del Código Civil confunde las cosas fungibles con las que son consumibles: "Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles". El concepto es equivocado, pues la definición que emplea corresponde a las cosas consumibles que son las que perecen por su uso natural. La fungibilidad es un calificativo que, según la doctrina inveterada, se predica de otra idea distinta, que es la de que las cosas de que se trata puedan ser reemplazadas por otras del mismo género. Así, el dinero es fungible, no porque las especies monetarias perezcan para quien las emplea como tales, sino porque ellas pueden ser reemplazadas por otras especies monetarias de valor equivalente. El trigo y el vino son fungibles, no porque sean consumibles, sino porque pueden ser sustituidos por igual cantidad de trigo o de vino.

Pues bien, el requisito de la fungibilidad de las cosas, objeto de las obligaciones que entran en compensación, debe tomarse en su verdadero sentido y no en el equivocado que le endilga el citado artículo 663. Y este recto sentido lo emplea el artículo 1715, ordinal 1º, cuando exige: "Que sean ambas [obligaciones] de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad": diez cargas de café pergamino de exportación; un caballo de mediana calidad; en fin, dinero, como redundantemente lo enuncia el texto legal transcrito, porque el dinero es ejemplo típico de las cosas fungibles.

Quedan, por tanto, descartadas de la compensación legal las especies o cuerpos ciertos, porque siendo estos cosas determinadas en forma tal que no pueden confundirse con otros individuos del mismo género, como tal caballo llamado Sultán, y no pudiendo ser obligado el acreedor "a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (art. 1627), tampoco, naturalmente, se le puede obligar a compensar su crédito de cuerpo cierto con otra cosa del mismo género: en nuestro ejemplo, otro caballo igual o mejor que Sultán.

Por la propia razón, no son compensables entre sí las obligaciones de hacer propiamente dichas, es decir, las que versan sobre la ejecución de un hecho, ni las de no hacer que tienen por objeto una abstención. Nuestro Código no da pie a las controversias que aún subsisten al respecto entre los autores franceses, ya que el comentado ordinal 1º del artículo 1715 se refiere a cosas fungibles, circunscribiendo así el ámbito de la compensación a las obligaciones de dar o de entregar cosas de tal clase.

A propósito, en concepto de algunos la compensación solamente obraría respecto de bienes muebles, no así de bienes inmuebles, porque el artículo 663 predica la fungibilidad de las cosas muebles, a lo cual se suele agregar que por muchas que sean las semejanzas entre dos parcelas de igual superficie, su localización no puede ser la misma; la calidad de los terrenos y su topografía probablemente difieren[79].

Disentimos de esta opinión y acogemos sin reservas la contraria propugnada por POTHIER[80]: la compensación sí puede obrar entre obligaciones de dar o entregar inmuebles indeterminados del mismo género.

El argumento en contra de esta última solución, tomado del artículo 663, carece de validez, porque ya quedó visto que este texto confunde cosas fungibles con las consumibles, equivocación que conduce a que la fungibilidad se proclame allí exclusivamente respecto de las cosas muebles, por cuanto es cierto que, salvo excepciones, como la de las minas, los bienes inmuebles no perecen por su uso natural. Cierto es también que, de ordinario, dos parcelas de terreno difieren. Pero si esta es la regla general, tampoco es imposible que dos porciones del mismo fundo sean de igual calidad, en forma tal que, por ello, sean fungibles, vale decir, que cualquiera de estas pueda funcionar (del latín fungere) lo mismo que la otra. De manera que la cuestión no estriba en que las cosas, objeto de las obligaciones, sean muebles o inmuebles.

690. c) LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.—Una obligación es actualmente exigible cuando es cierta y además no está sujeta a condición ni a plazo suspensivos. Es cierta cuando su existencia no es dudosa, como cuando consta en documento que proviene del deudor o de su causante y constituye plena prueba contra él, o porque emana de una providencia judicial o administrativa que presta mérito, o porque resulta confesada en un interrogatorio de parte provocado por quien pretenda demandar o tema que se le demande (C. de P. C., art. 488).

Una obligación discutible en cuanto a su existencia y que requiera una declaración judicial para establecer dicha existencia no es exigible y, por tanto, no puede entrar en compensación (art. 1715, ord. 3º).

[79] CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1817, págs. 509 y 510.

[80] POTHIER, Obligations..., núm. 627.

Por la propia razón, no se puede oponer en compensación de una obligación exigible otra que esté sujeta a condición suspensiva pendiente, pues como es sabido, tal condición, en ese estado, suspende el nacimiento mismo de la obligación y, por ende, su exigibilidad. Como la ocurrencia del hecho condicionante es incierta, incierto es también el nacimiento de la obligación por él modalizada, es decir, que no sabiéndose si esta habrá de existir o no, mal puede entrar en compensación.

Pero si la condición es resolutoria, como esta no afecta la existencia ni la exigibilidad de la obligación (pendente conditione), la compensación se efectúa como si ambas obligaciones fueran puras y simples. Solo que, como el cumplimiento de la condición resolutoria extingue la obligación con carácter retroactivo (ex tunc), como si esta nunca hubiese existido, es claro que la compensación queda sujeta a la misma condición: extinguida la obligación condicional, la compensación se tendrá por no realizada, esto es, que la obligación correlativa se tendrá por no extinguida.

El plazo suspensivo, si bien no impide el nacimiento de la obligación, defiere su exigibilidad, lo que conduce a que esta no pueda compensarse con otra obligación que sí es o ya se ha hecho exigible. El deudor a plazo no puede ser obligado a pagar antes que expire este, y como la compensación implica en el fondo un pago doble de las obligaciones compensadas, de admitirla respecto de una deuda a plazo, se estaría forzando al deudor a pagar antes de tiempo.

El plazo resolutorio no obra retroactivamente. Al cumplirse le pone fin a la eficacia futura de la obligación (ex nunc). Por tanto, los efectos producidos antes del vencimiento, como la compensación, se mantienen incólumes.

A propósito del plazo suspensivo, conviene aclarar el alcance del superfluo inciso final del artículo 1715, inspirado en el Código francés (art. 1292), en el cual puede tener algún sentido de que carece en nuestro sistema. Dispone el inciso: "Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor".

Por las esperas de que habla el texto ha de entenderse, como en Francia, la prórroga convencional del plazo original. Este vence el 31 de diciembre de este año, pero el acreedor y el deudor acuerdan prorrogarlo por un año más. Esta prórroga convencional hace que la espera acordada constituya un plazo de derecho, dotado de la misma eficacia que tenía el plazo original, así como de la aptitud para impedir la compensación[81]. Por consiguiente, si las esperas configuran un plazo de derecho, resulta redundante la referencia a ellas.

En Francia, el plazo de gracia es el que el juez está autorizado para concederle al deudor después de vencido el plazo de derecho, por consideraciones humanitarias. Entonces, está bien que allí se aclare que este plazo de gracia no es un obstáculo para la compensación (artículo citado).

[81] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1823, págs. 513 y ss.; Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. ii, núm. 345, pág. 327.

Nuestro Código le prohíbe al juez señalar plazos para el cumplimiento de las obligaciones, salvo en aquellos casos especiales que las leyes designen. Y como entre nosotros no existe norma que lo autorice, como sí la hay en Francia, a conceder plazos de gracia, es claro que esta institución foránea, perjudicial a los acreedores y que ocasiona arbitrariedades, no tiene cabida en la compensación. Por ello, el artículo 1715 habla del "plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor", que tiene lugar cuando el primero, por razones humanitarias o de otra índole y sin estar obligado por una convención de prórroga, tolera que el segundo retrase el cumplimiento. Esta inacción del acreedor es el plazo de gracia que no impide la compensación, como innecesariamente lo declara el texto legal comentado[82].

691. d) La liquidez de las deudas.—La requiere el ordinal 2º del artículo 1715. Como la compensación se endereza a extinguir dos obligaciones recíprocas hasta concurrencia de la menor, es claro que la cuantía de ellas debe estar determinada para que puedan entrar en compensación, así como para que cualquiera de las dos pueda exigirse judicialmente. No es suficiente, por tanto, que dichas obligaciones sean ciertas, que su existencia pueda establecerse en forma que no dé lugar a discusión seria. Es también indispensable que su cuantía esté determinada. En consecuencia, si el monto de una de las obligaciones recíprocas solo puede ser conocido una vez que se haya surtido un proceso de rendición de cuentas, o de liquidación de una sociedad de hecho, o de fijación de una indemnización de perjuicios, la obligación cuantitativamente indeterminada no puede entrar en compensación legal[83].

Sin embargo, esta solución no se puede exagerar hasta impedir la compensación cuando la cuantía de una de las obligaciones no esté expresada en un guarismo fijo en el título que la contiene, como cuando en este se dice que el capital de $ 1.000 devengará un interés anual equivalente al bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, o que el precio del arrendamiento de una casa será de $ 100.000 mensuales. En estos casos, en que el monto de la obligación se puede liquidar mediante una simple operación aritmética, aquella se puede oponer en compensación legal, así como la obligación de dinero que se halle en tales circunstancias se puede exigir por la vía ejecutiva (C. de P. C., art. 491).

692. e) La embargabilidad de los créditos.—Aunque el Código Civil solo traiga una excepción en materia de pensiones alimenticias (art. 1721 inc. 2º),

[82] Claro Solar, ob. cit., loc. cit.

[83] Por cuanto la liquidez o determinación cuantitativa de una deuda presupone la certeza de ella, a partir de Domat (Leyes civiles, parte 5ª, libro 4º, t. II, sec. 2, núm. 2) y de Pothier (Obligations..., núm. 628), la doctrina suele confundir estos dos requisitos, la certeza y la liquidez, el primero de los cuales mira a la existencia de la obligación y el segundo a su cuantía. Como de la certeza ya hemos tratado a propósito de la exigibilidad por parecernos mejor situado allí, en este apartado solo se contempla el requisito de la liquidez.

no cabe duda de que es requisito general de la compensación legal el de que los créditos implicados puedan ser embargados. Si alguno de ellos forma parte de los bienes inembargables, si está excluido del patrimonio del deudor perseguible por los acreedores, de la propia manera que no puede ser objeto de un proceso de pago por ejecución coactiva, tampoco puede entrar en compensación que, en el fondo, equivale a un pago abreviado.

B. Cómo opera la compensación legal

693. El principio.—"La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores...", expresa el artículo 1715 del Código Civil. De manera que la compensación legal no es el producto de un acto jurídico, no es el resultado de una convención celebrada entre las partes, porque el consentimiento de estas no es requerido para el efecto. Más aún, ni siquiera es necesario que dichas partes tengan conocimiento de la compensación cumplida, como sucedería en el caso de que una de ellas, sabiéndose deudora de la otra, ignorase haber adquirido un crédito en contra suya. Tampoco es la compensación legal la resultante de una sentencia judicial constitutiva, vale decir, de aquellas que crean, modifican o extinguen una relación jurídica, como la que condena al demandado al pago de una indemnización, pues la sentencia en el proceso en que se ventile la compensación es siempre declarativa, se limita a comprobar la extinción de las obligaciones implicadas en la cuestión sub lite, como un efecto ya producido desde el momento en que se dio la coexistencia de esas obligaciones dentro de las condiciones legales prescritas para su compensación.

En suma: como lo dice el transcrito artículo 1715, la compensación se procede por el solo ministerio de la ley (ipsa vi legis). Producida la situación de hecho propuesta, la coexistencia de dos obligaciones en que las partes sean acreedoras y deudoras recíprocas, es la ley misma la que extingue las deudas hasta concurrencia de sus valores.

Sin embargo, según veremos más adelante, el precitado principio contempla la particularidad, que también se da en la prescripción, de que consumada ipso iure la compensación, puede dejar de producir su efecto extintivo propio en el caso de que las partes o una de ellas la renuncien, o en el de que, demandado en cumplimiento uno de los deudores, no alegue la compensación cumplida.

694. Historia del principio[84].—Es este el resultado de una revolución histórica que comienza en el derecho romano y se perfila en un error de interpretación de los glosadores, error teóricamente criticado por el pensamiento latino posterior, pero acogido por él, en gracia de sus resultados prácticos.

[84] Véanse a Girard, Manuel élémentaire de droit romain, pág. 749; y a Claro Solar, ob. cit., t. xii, núms. 1798 y ss., págs. 492 y ss.

Durante largo tiempo, el derecho romano solamente conoció la compensación convencional que tenía lugar cuando dos personas resultaban deudoras recíprocas y convenían en declararse libres entre sí. Pero si así no lo hacían, cada deuda podía exigirse judicialmente; cada deudor podía ser demandado, sin que pudiera reconvenir al demandante para que el juez le reconociese su crédito y declarase la compensación. El sistema procesal antiguo no autorizaba que al juez se le postulase más de una cuestión que, en el caso, era el petitum del acreedor demandante, esto es, que a esta pretensión no podía acumulársele la reconvención del reo.

El emperador Marco Aurelio dio un paso avanzado al crear la compensación judicial, mediante el reconocimiento, ya dentro del procedimiento formulario, de la excepción de dolo que podía incoar el deudor demandado, pues quien cobra lo que después está obligado a restituir, comete dolo. Naturalmente, esta innovación se hizo extensiva a las acciones de buena fe (bona fidei) que implicaban la tácita alegación del dolo cometido por el demandado. Así, por vía de acción o de excepción, se llegó a la compensación judicial, decretada por el juez.

Justiniano, a su vez, modificó el sistema hasta entonces vigente, al declarar que la compensación debía obrar siempre ipso iure[85], para significar, según está ya demostrado, no que la compensación se cumplía de pleno derecho, sin el consentimiento de las partes, sino simplemente que para la compensación judicial no se requería que se alegase el dolo de la contraparte[86].

Mas los glosadores no entendieron el sentido y alcance de la precitada reforma justinianea, y así dictaminaron que, conforme a esta, la compensación operaba ipso iure, ipsa vi legis, en el momento mismo en que se producía la coexistencia de las dos deudas recíprocas. Como ya se dijo, aun verificado el error hermenéutico de los glosadores, este principio se abrió amplio camino en la doctrina posterior[87] e inspiró las codificaciones del siglo pasado, como la francesa y la nuestra, con resultados prácticos que se consideran satisfactorios.

C. Casos excluyentes de la compensación legal

695. Precisión.—Tocado del casuismo de que adolecen el derecho romano, el español y el francés, nuestro Código reproduce, en varios textos, soluciones ad hoc de aquellos sistemas, las que se impondrían totalmente, o casi en su totalidad, sin requerirse el expreso reconocimiento legal, a saber:

a) Dispone el artículo 1719: "Sin embargo, de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad". Conforme

[85] Digesto, 10 par. y 21, De compens., 16, 2.

[86] Girard, ob. cit., pág. 723.

[87] Véase a Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1800, págs. 497 y ss.

quedó enunciado, pese a que la compensación obra por el ministerio de la ley, no es exacto que su efecto extintivo sea absoluto e irreversible, pues si el deudor demandado no la alega en el proceso instaurado por su acreedor, el juez no la puede declarar de oficio, es decir, que tiene que condenar al pago de la deuda impetrado por el actor, desde luego sin afectar el crédito en favor de dicho demandado, el que queda vigente, con o sin sus privilegios y garantías, según se verá.

Lo anterior quiere decir que la compensación que se suponía consumada de pleno derecho (ipsa vi legis), deja de estarlo por la omisión del demandado, tal como sucedía en el sistema romano que, en verdad, solo reconoció la compensación convencional, y la judicial. Salta a la vista la incongruencia, que se explica fácilmente por el ya apuntado error de los glosadores de aquel sistema: JUSTINIANO no quiso preceptuar que la compensación obrase contra la voluntad de los interesados, sino advertir que estos, en el litigio surgido, no tenían necesariamente que invocar el dolo; bastábales simplemente alegar la compensación, dándole así pie al juez para declararla. Salvo el caso en que, por consideraciones de orden público, el juez debe aplicar de oficio la ley imperativa, en el proceso civil rige el principio de la dispositividad, conforme al cual el ámbito del juzgamiento, el thema decidendum, queda circunscrito a las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. De suerte que, si el demandado deja de proponer la excepción de compensación que le asiste, el juzgador está inhibido para declararla. Además, la compensación presupone la coexistencia de deudas recíprocas entre unas mismas personas, esto es, una situación de hecho que el juez no puede adivinar. Esta es, pues, la primera conclusión que sugiere el artículo 1719: sin embargo, de efectuarse la compensación —dizque por ministerio de la ley—, el deudor que no la alegare tendrá que pagar, pero conservará su derecho, lo que equivale a decir que la compensación no tiene efecto.

Pero ¿cómo conserva su derecho el deudor que deja de excepcionar en compensación? El propio artículo lo dice: si la omisión del deudor procede de ignorancia de la existencia del crédito que podía oponer, conservará este junto con sus privilegios, fianzas, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad. A contrario sensu, podría pensarse que si el deudor demandado, a sabiendas de la existencia de su crédito oponible en compensación, deja de alegarla, solo conservaría el crédito, pero desprovisto de sus privilegios y garantías. A esta conclusión han llegado algunos, fundándose en el tenor literal del artículo, que mutila en forma infortunada la solución que consagra el artículo 1299 del Código francés, así: "El que ha pagado una deuda que estaba de derecho extinguida por la compensación, no puede ya, ejercitando la acreencia que él no la ha opuesto en compensación, prevalerse, con perjuicio de terceros, de los privilegios o hipotecas inherentes a ella, a menos que haya tenido una justa causa para ignorar que debía compensar su deuda". Como se puede ver, este texto francés, lo mismo que nuestro artículo 1719, excluye la sanción al deudor que, por ignorancia, ha dejado de oponer su crédito, el que continúa premunido de sus privilegios y garantías, aunque estas hayan sido constituidas por terceros.

Hasta aquí coincide nuestro artículo con su modelo francés, pero ahí se queda[88]. Este no estatuye regla alguna para el caso de que la omisión del deudor condenado a pagar la deuda que se le cobra haya sido cometida a sabiendas. Ante este vacío legal, la hermenéutica no autoriza colegir, a contrario sensu, de una regla incompleta, que en tal supuesto el deudor incurso en omisión pierde su crédito o los privilegios y garantías frente al acreedor satisfecho, pues si dicha omisión (la de no alegar el crédito en compensación) redunda en que la compensación deviene ineficaz, pese a su origen legal, esa ineficacia no solo valida el pago al acreedor demandante, sino que también deja vivo el crédito del demandado, es decir, que las cosas quedan en el mismo estado en que se encontraban cuando la ley hubiera podido obrar de pleno derecho pero solo lo hizo sub conditione, a condición de que ninguna de las partes renunciara a la compensación.

Por el contrario, frente a terceros, se impone la solución francesa omitida por el artículo 1719 y que es la única que justifica una reglamentación legal. A falta de disposición expresa que proteja a dichos terceros contra la negligencia del acreedor que dejó de alegar, a sabiendas, la compensación consumada, y en defecto de otro texto legal aplicable por analogía, debe recurrirse a los principios generales (ley 153 de 1887, art. 8º), y entre estos fácilmente se encuentra la solución equitativa, esto es, la misma del Código francés: nadie debe ser perjudicado por la culpa ajena (nemo ex alteria culpa praegravari debet).

Por consiguiente, el deudor culpable de omisión en alegar la compensación con perjuicio de terceros, fiadores simples, prendarios o hipotecarios, ya no puede ejercer contra estos sus respectivas acciones reales ni personales, también por aquello de que no puede ser oído quien alega su propia torpeza nemo audiens propriam turpitudinem alegans).

b) Conforme al artículo 1718: "El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación". Sirve este otro texto de ejemplo demostrativo de cómo la doctrina, al aceptar la interpretación errónea de los glosadores, que condujo a erigir la compensación en un modo legal de extinción de las obligaciones, sin embargo, no ha podido deducir la consecuencia lógica de tal premisa, como es la de que, consumada la compensación ipsa vi legis, su efecto extintivo sería irreversible e independiente de la voluntad de los interesados. En efecto, dicho texto también subordina tal efecto a condición resolutoria, consistente en que el deudor acepte la cesión del crédito, sin reservarse el derecho de oponer en compensación otro crédito que tenga contra el cedente.

[88] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 703, pág. 421.

Al tratar de la cesión de créditos vimos que esta es inoponible al deudor y a terceros mientras no se cumpla una de dos formalidades: la notificación a dicho deudor, o su aceptación de la cesión. Pues bien, el artículo que se comenta solo toma en cuenta la primera de tales formalidades, la notificación al deudor, para determinar cuáles son los créditos de que este puede oponer en compensación al cesionario: los que "antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación". Es obvio: los que el deudor cedido hubiere adquirido contra el cedente después de notificársele la cesión, no pueden oponérsele al cesionario porque, en virtud de dicha notificación, al acreedor originario deja de serlo: el cesionario ha ocupado su lugar. Por tanto, al adquirir posteriormente el deudor cedido un crédito contra el acreedor cedente, ya no puede darse el requisito esencial de la compensación, cual es el de que los créditos recíprocos existan entre unas mismas personas.

Además de la precitada declaración superflua, el artículo 1718 del Código Civil contempla la otra forma de perfeccionamiento de la cesión, la aceptación de esta por el deudor, para concluir que esta forma sí puede conducir a la ineficacia de la compensación legal: si el deudor acepta la cesión reservándose el derecho de alegar la compensación con créditos adquiridos por él contra el cedente, puede alegarla al exigírsele el crédito cedido, es decir, que la compensación legal procede; mas faltando esa reserva se presume que el deudor aceptante ha renunciado tácitamente a la compensación y esta deja de obrar.

En esta hipótesis también encuadra, aquí sí con toda pertinencia, la regla del artículo 1719 ya comentada. Si el deudor cedido acepta sin reservas la cesión por ignorar la existencia de su crédito contra el cedente, la compensación no obra contra el cesionario, pero dicho deudor cedido conserva su crédito frente al cedente con todos sus privilegios y garantías.

c) El artículo 1720 preceptúa: "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de terceros. Así, embargado un crédito no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo". Esta norma es de carácter general y el ejemplo que propone es tan solo una de sus aplicaciones concretas. Embargado un crédito, el deudor no podrá compensarlo en perjuicio del embargante con ningún crédito suyo adquirido después del embargo. Conforme a esta última precisión, si los dos créditos en juego son anteriores al embargo, la compensación procede y el deudor del crédito embargado puede oponerse al embargo, por estar extinguido dicho crédito por compensación legal. Pero si el crédito que el deudor pretendiera oponer al embargo fuese posterior a la consumación de esta medida, la compensación ya no puede operar, porque el crédito embargado queda fuera de comercio, y, así como no podría ser pagado válidamente por el deudor al acreedor, tampoco puede ser compensado, por ser esta figura, en el fondo, equivalente al pago. De no ser así, el derecho del embargante se haría nugatorio.

Si la compensación no puede tener lugar en perjuicio de terceros, como lo dice el artículo 1720, también se deduce que contra el acreedor respecto del cual se esté tramitando un proceso concursal de liquidación obligatoria, el deudor no puede oponer compensación de créditos adquiridos por este con posterioridad a la apertura del aludido proceso concursal. Estos procesos son universales en cuanto tienen por objeto la liquidación del patrimonio de la persona concursada, mediante la venta de sus activos embargables y el pago a todos los acreedores.

Entonces si se permitiese que un crédito, que haya entrado a formar parte de la masa de bienes por liquidar, pudiese ser compensado con otro adquirido por el deudor con posterioridad a la apertura del dicho proceso concursal, resultaría que dicho deudor, a la vez nuevo acreedor del concursado, recibiría la satisfacción de su crédito, sin entrar al prorrateo a que estarían sujetos los otros acreedores[89].

d) El artículo 1723 excluye la compensación entre obligaciones pagaderas en lugares distintos, que es lo que a nuestro presente tema interesa, aunque sí la permite cuando sean de dinero, haciendo el deudor, a cuyo cargo quede un saldo, los gastos de la remesa de este lugar donde deba ser pagado.

e) "No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado...", dice el artículo 1721. La razón de este caso en que se excluye la compensación no estriba en que lo despojado haya de ser siempre un cuerpo cierto que no puede ser compensado, según el requisito general ya examinado de que dicho modo de extinción solo opera entre obligaciones de género[90]. El fundamento de la regla es otro: siendo factible y no insólito que una persona se apodere de cosas de género pertenecientes a otra, generalmente su deudora, como cien cargas de trigo, y aun de dinero, y que, demandada aquella en restitución, alegue que dichas cosas le eran debidas, se ha prohibido la compensación para sancionar esa conducta que es contraria a derecho. Ya desde el derecho romano se estableció esa prohibición, fundada en el principio de que lo despojado debe ser restituido ante todo (spoliatus ante omnia restituendus), en que también se apoya la prohibición de la retención indebida que consagra el artículo 2417 en estos términos: "No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

f) El citado artículo 1721 también excluye la compensación respecto del depósito y del comodato: "No puede oponerse la compensación a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero".

[89] COLIN y CAPITANT, ob. cit., núm. 346, 1º B., pág. 328; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1824, pág. 515.

[90] En contra, ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 705, págs. 421 y 422; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1830, pág. 518.

El depósito puede ser ordinario e irregular. El primero tiene por objeto cosas determinadas que deben ser restituidas en sí mismas, aunque por su naturaleza sean fungibles, reemplazables por otras, como tal el caballo o el trigo contenido en sacos marcados para que no se confunda con otro. El depósito es irregular si su objeto está constituido por cosas de género no individualizadas, en forma tal que el depositario se libera restituyendo otras de igual cantidad y calidad, como cien de las mil cargas almacenadas en un silo y depositadas por varias personas, o cien pesos depositados en un banco. En consecuencia, las cosas entregadas en depósito regular no pueden entrar en compensación porque su individualización en la forma dicha las convierte en cuerpos ciertos, los que, por principio, están excluidos de la compensación[91]. Por el contrario, si el depósito es irregular, las cosas que constituyen su objeto, al conservar su carácter de cosas fungibles, sí podrían ser retenidas en compensación, de no mediar la prohibición legal del artículo 1721, que se funda en solución romana, inspirada en el deber de delicadeza que pese sobre el depositario.

En cuanto al comodato o préstamo de uso, estimamos que la exclusión de la compensación a que se refiere el artículo 1721 no tiene razón de ser y solo se debe a una extravagante invención, parece que del glosador Cujacius. En efecto, el comodato o préstamo de uso es, por definición, "un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso" (art. 2200), es decir, versando siempre el comodato y la obligación de restituir sobre una especie o cuerpo cierto, la compensación queda excluida por principio, lo mismo que en el depósito regular. Ahora, si el préstamo versase sobre cosas fungibles pagaderas por el prestatario, con la restitución de otras del mismo género y calidad, ya no se estaría en presencia de un comodato o préstamo de uso, sino que se configuraría otro contrato distinto: el de mutuo o préstamo de consumo.

En todo caso, lo fundamental de la prohibición que se comenta en punto del depósito y el comodato, es el propósito del legislador de evitar que el depositario y el comodatario defrauden la confianza del depositante o del comodante, respectivamente, mediante una retención indebida, propósito que pone de presente el colon final del texto transcrito, al hacer extensiva la prohibición al caso de que "perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero". Así pues, aunque la compensación naturalmente está excluida en el depósito ordinario y siempre en el comodato, por versar estos contratos sobre cuerpos ciertos y no sobre cosas de género o fungibles, transformada la obligación de restituir en especie esos cuerpos ciertos (por haber perecido estos) en la obligación de pagar su valor en dinero, la prohibición se mantiene, por la expresada razón de que, originándose esta obligación indemnizatoria en contratos que requieren especial confianza del acreedor en el deudor, se considera indebida la retención que haga este.

[91] Pothier, ob. cit., núm. 625.

Sin embargo, es importante aclarar que la compensación no procede respecto de las obligaciones de dinero del depositario y del comodatario cuando aquellas otras obligaciones con que se pretende compensarlas emanan de contratos distintos, ya que si estas otras obligaciones se dan en razón del mismo contrato de depósito o de comodato (v. gr., las que tiene el depositante de indemnizar al depositario de las expensas necesarias que haya hecho para la conservación de la cosa y de los perjuicios que sin su culpa le haya ocasionado el depósito [art. 2259], o las que tiene el comodante de indemnizar al comodatario de las expensas necesarias para la conservación de la cosa y de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado [arts. 2216 y 2217]), dichos depositarios (art. 2258) y comodatario (art. 2218) gozan del derecho de retención que conduce a la compensación legal[92].

g) Conforme al inciso 2º del artículo 1721: "tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude...". Esta solución, tomada del antiguo derecho español, excluye la compensación con el ya apuntado propósito de sancionar una conducta ilícita.

h) El mismo inciso 2º, ibídem, tampoco permite que se oponga la compensación "a la demanda de alimentos no embargables". Ya quedó explicado que la embargabilidad de los créditos es un requisito general de toda compensación. Por tanto, la disposición mencionada no pasa de ser una aplicación casuística del principio general.

D. La renuncia a la compensación

696. Eficacia.—Ya se ha visto que, aun cuando el artículo 1715 declare que la compensación tiene efecto de pleno derecho, otros textos excluyen dicha eficacia en casos que implican una renuncia tácita a aquella, como cuando el deudor acepta la cesión del crédito sin reservas (art. 1718), o, cuando demandado dicho deudor, no alega la compensación (art. 1719). A estos casos de renuncia podrían agregarse otros, como el de pago voluntario de una de las deudas y el de prórroga del plazo después de vencido, cumpliéndose así el requisito de que por ser ya exigible la deuda quedaría legalmente compensada.

Por consiguiente, la regla general al respecto es que la compensación legal puede renunciarse expresa o tácitamente, porque, estando instituida en interés de las partes, le es aplicable la autorización conferida para el efecto por el Código Civil (art. 15).

E. Efectos de la compensación legal

697. Relación.—1º) A más de declarar el vigor legal de la compensación, el artículo 1715 estatuye que "ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta

[92] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1836, pág. 521.

la concurrencia de sus valores". Por consiguiente, configurándose la coexistencia de dos obligaciones recíprocas entre unas mismas personas, desde tal momento dichas obligaciones se extinguen totalmente si son del mismo valor, o hasta concurrencia del valor de la menor.

2º) Si los dos créditos compensados son del mismo valor, sus accesorios, tales como los intereses, los privilegios y las garantías reales o personales a ellos inherentes también se extinguen. Pero si dichos créditos son de distintos valores, se extinguen los accesorios del crédito menor; no así los del mayor, cuyo saldo no compensado continúa provisto de sus intereses, privilegios y garantías, aunque, claro está, con las reducciones a que hubiere lugar.

3º) La compensación interrumpe civilmente la prescripción del crédito de menor valor y de la parte compensada del de mayor valor. Así, según ejemplo clásico, si uno de los créditos está en vísperas de prescribir y el acreedor se hace deudor de su deudor, la prescripción ya no puede consumarse. Pero si el crédito que está por prescribir es el de mayor valor, el saldo insoluto sí prescribe al cumplirse las condiciones legales para el efecto.

4º) El artículo 1722 dispone: "Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago". Es este efecto consecuencia de la idea de que la compensación equivale a un doble pago. En realidad, solo dos reglas de la imputación del pago son pertinentes a la compensación. Como la opción corresponde en principio al deudor (art. 1654), al contraponerse las varias deudas de este a la contraída por el acreedor, la compensación legal no puede considerarse efectuada antes de que el deudor decida a cuál de las suyas se imputa esta. Así, si el acreedor demanda el pago de uno de sus créditos, el deudor puede proponerle prósperamente la excepción de compensación con cualquiera de sus deudas "devengadas", vale decir, ya exigibles (ibídem), solución tortuosa que es otro resultado del sistema incongruente de la compensación de pleno derecho pero renunciable. La segunda regla aplicable es la de que la imputación debe hacerse primeramente a los intereses y luego al capital, porque este es un derecho del acreedor (art. 1653). Por tanto, si el deudor de varias obligaciones debe intereses de todas o algunas de ellas, la compensación comienza por extinguir estos intereses.

5º) Según opinión de POTHIER, en el supuesto de que uno de los deudores pague la deuda ya compensada, como esta ya ha dejado de existir por ministerio de la ley, el solvens estaría autorizado para repetir lo pagado mediante la acción de pago de lo no debido (conditio indebiti)[93]. Consideramos nosotros que esta solución no se compadece con nuestro sistema legal que expresamente autoriza la renuncia de la compensación, por aplicación general de la autorización del artículo 15 del código. ¿Y qué hecho puede ser más significativo de la renuncia de la compensación que el pago voluntario de una deuda?

[93] POTHIER, Obligations..., núm. 639.

IV. La compensación voluntaria

698. Precisión.—Tiene lugar cuando la compensación legal no procede, pero los interesados convienen en realizarla, o aquel en cuyo favor se ha descartado ella, voluntariamente renuncia a este beneficio. Por consiguiente, la compensación voluntaria puede ser convencional o facultativa, especies que no deben ser confundidas[94].

699. La compensación convencional.—Tiene lugar cuando falta alguno de los requisitos exigidos para la compensación legal o cuando esta deja de obrar por motivos distintos de los atinentes al orden público o las buenas costumbres, pero los interesados convienen en compensar sus deudas. Por ejemplo, si el deudor principal no puede oponerle a su acreedor la compensación con lo que este le deba al fiador de aquel, por ser dicho fiador un deudor subsidiario y, por ende, no darse el requisito de la reciprocidad de los créditos y las deudas entre las personas principalmente obligadas, el acuerdo entre los tres interesados puede dar lugar a la compensación. Los objetos de las obligaciones o uno de ellos no son fungibles, como cuando una de las partes debe un cuerpo cierto y la otra dinero, pero convienen ellas en declararse recíprocamente libres. Una de las obligaciones o ambas todavía no son exigibles por pender de plazo o condición, pero los interesados resuelven extinguirlas anticipadamente. Una o ambas obligaciones carecen de liquidez actual, pero las partes las reputan equivalentes y así las compensan. Las obligaciones tienen objeto distinto al dinero y son pagaderas en lugares distintos, pero los interesados, para evitar el doble pago, acuerdan salvar el obstáculo legal, etc. En síntesis, en la compensación convencional campea en toda su plenitud el principio de la autonomía privada.

Según se vio al historiar el desarrollo de la institución, la compensación comenzó por ser exclusivamente convencional. No pudiéndose, en el antiguo procedimiento romano, someter al juez más de una cuestión, a la demanda de uno de los acreedores no se le podía oponer reconvención por la deuda a su cargo y en favor del demandado, lo que impuso la necesidad de que los interesados, para quedar libres entre sí y evitarse litigios, recurrieran a la compensación convencional. Con el correr de los tiempos, y hasta nuestros días, esta forma de compensación no ha perdido la utilidad mencionada, especialmente en los casos en que la compensación legal es inoperante, pese a lo cual nuestro Código la ignora.

700. La compensación facultativa.—Tiene lugar cuando la parte en cuyo beneficio se excluye la compensación legal, salva el obstáculo para la extinción por este modo de las obligaciones recíprocas, imponiéndosela a la otra parte. Fúndase esta especie de compensación en el principio que el Código Civil consagra en el artículo 15, y que autoriza la renuncia de los derechos que

[94] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 706, págs. 422 y 423.

solo interesan al renunciante y cuya renuncia no esté prohibida por la ley. Por ejemplo, el acreedor de una cosa de mediana calidad no puede oponerse a que su crédito se le compense con una deuda suya de objeto del mismo género, pero de óptima calidad. El deudor de obligación a plazo no vencido y concedido exclusivamente en su favor, puede renunciar a él para que su deuda se compense con otra a cargo de su acreedor y que ya es exigible. El autor de un despojo, o de fraude o violencia no puede oponer compensación a su obligación restitutoria o indemnizatoria, lo que no obsta para que el dueño de la cosa despojada o la víctima del perjuicio se allane a compensar tal obligación con otra a su cargo, etc.

Tampoco reconoce expresamente el Código esta compensación facultativa, cuya vigencia es incuestionable frente al principio general consagrado por el artículo 15, según quedó dicho.

V. La compensación judicial

701. Eficacia.—Su campo de actividad también se ofrecería fuera del ámbito de la compensación legal, porque si esta procede, el fallo judicial que lo reconoce es meramente declarativo; se limita a verificar un hecho cumplido: la extinción de obligaciones recíprocas por ministerio de la ley. De suerte que es impropio catalogar dentro de la compensación judicial el caso en que, demandada una de las partes para el cumplimiento de una obligación compensable según la ley, dicha parte demandada excepciona oponiendo otra obligación igualmente compensable, como si demandado yo por una deuda líquida de $ 100 le opongo a mi demandante otra suya de $ 300[95]. En tal caso, la compensación es legal; pero, como ya quedó dicho, para que esta pueda reconocerla el juez, se necesita que el demandado la alegue, porque dicho juez no puede hacerlo de oficio ni tiene por qué adivinar la coexistencia de las obligaciones recíprocas.

Tampoco se configura la compensación judicial en el caso de que un acreedor demande a su deudor por la vía ejecutiva, por constar su crédito en un título que preste mérito para el efecto, y el demandado pretende oponerle otro crédito a su favor que no se ha compensado legalmente por no ser líquido, ya que el proceso ejecutivo entre nosotros no se presta para que el juez entre a liquidar este[96].

Entonces, la compensación judicial, llamada también reconvencional, solamente tiene cabida cuando el demandante ejerce una acción encaminada a que se declare un crédito suyo, en forma tal que luego preste mérito ejecutivo contra el demandado, y este formula contra aquel una demanda de reconvención para que, a la vez, se declare, en la misma forma, un crédito contra el actor y se pronuncie la compensación entre ambos créditos. Posible, aunque insólito,

[95] En contra, Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 706, págs. 422 y 423.

[96] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. XII, núm. 1864, pág. 536, pues en el derecho chileno rige análogo sistema procesal al respecto.

sería el caso de que el demandado en las circunstancias dichas le opusiese al actor un crédito suyo con mérito ejecutivo, en vez de exigir el pago de este y esperarse a las resultas del proceso declarativo. En todo caso, esta compensación reconvencional, que también pretermite nuestro Código Civil, supone que la demanda original pretenda la declaración, no la ejecución de una obligación; que el proceso pertinente admita la reconvención, y que las opuestas acciones sean acumulables entre sí.

VI. Síntesis crítica del Código Civil

702. RECAPITULACIÓN.—A todo lo largo de la exposición que hicimos del sistema de nuestro Código en materia de la compensación, le formulamos numerosos reparos, que aquí conviene sintetizar.

A imitación de sus modelos: el Digesto, las leyes de Partidas y el Código de Napoleón, el Código incurre en esta, como en muchas otras materias, en exagerado casuismo, pues reproduce soluciones particulares recogidas por dichos modelos, en vez de consagrar los principios generales en que estas se fundan. Y como las aludidas soluciones particulares se fueron fraguando durante siglos, en épocas diversas, a veces ellas son contradictorias entre sí y frente a los principios generales, no siempre bien y uniformemente entendidos, lo que desvertebra el sistema.

Obsesionado el legislador por la compensación legal, prefirió la compensación convencional, la facultativa y la judicial, que siempre han desempeñado en la historia papel muy significativo y que las hace acreedoras a su reconocimiento y a la determinación de su campo de acción.

Pero el defecto más sensible que tiene el Código Civil, bajo la influencia de sus modelos, es la misma concepción ideológica de la compensación legal, que, por virtud del falseamiento de la legislación justinianea, implica contradicción irreductible y oscurece su entendimiento. De una parte, se declara perentoriamente que la compensación se opera por ministerio de la ley, es decir, que produce ipso iure la extinción de las obligaciones, aun sin consentimiento de los deudores; pero, de otra parte, ese efecto se hace depender de la voluntad de dichos deudores, al exigirles que aleguen la compensación y al permitirles que la renuncien, con la consecuencia de que esa voluntad, que en principio se pretende excluir, es la que determina que la ley se aplique o se deje de aplicar. Si la ley opera per se, ipso iure, es un contrasentido someter su eficacia a una condición, que es el querer de los interesados. Es inadmisible que en el estado actual del derecho se rinda homenaje a semejante ilogismo de los descubridores medievales del derecho romano, aun a pretexto de que el error hermenéutico de estos ofrece cierta conveniencia práctica. Una de dos: o la compensación legal procede de pleno derecho, o no hay tal compensación legal, porque esta es facultativa de los interesados, quienes pueden o no invocarla, produciendo a su arbitrio la extinción de las obligaciones o dejando estas vivas. Ante este

dilema, optaríamos por el segundo extremo, que es el verdadero, y del que se pueden derivar las consecuencias prácticas pretendidas con el silogismo que el primero implica.

Preferimos, pues, el sistema del Código Civil alemán de 1900 y el del Federal Suizo de las Obligaciones, de 1912, cuyas principales normas rectoras son:

1ª) La compensación no opera ipso iure atendida la coexistencia de las obligaciones recíprocas, sino que ofreciéndose las condiciones legales, cualquiera de las partes interesadas puede invocarla, mediante una simple declaración a la otra parte. No se requiere que esta declaración se postule en un proceso, sino que puede ser preventiva, es decir, formulada extrajudicialmente para evitar el litigio[97]. Quiere esto decir que en los ordenamientos mencionados no existen ni la compensación legal ni la judicial, en la forma en que nosotros las entendemos; solo existe la compensación facultativa que también puede ser convencional, pues nada se opone a que las dos partes acuerden declarar la extinción recíproca de sus deudas. Esta compensación por declaración unilateral o convencional solo tiene de legal el presuponer que las deudas reúnan las condiciones mínimas requeridas para que se extingan mutuamente.

2ª) Las obligaciones por compensar no tienen por qué ser exigibles ni líquidas; si han nacido simultáneamente, es de presumir que cada una de las partes se ha obligado en consideración a la obligación contraída por la otra parte; y si las obligaciones no son coetáneas, cabe deducir que quien se obligó después tuvo en mira la deuda primeramente contraída en su favor. De esta suerte, demandado uno de los deudores recíprocos, puede oponer, por vía de excepción o de reconvención, la deuda en su favor, con lo cual efectúa la declaración de que se hace depender la eficacia de la compensación. El fallo judicial que en tales condiciones se profiera es declarativo, en el ya indicado sentido de que se limita a reconocer, no a crear, una situación ya producida por la declaración de uno de los deudores. Tampoco se trata, por tanto, de esa compensación judicial que tiene cabida en nuestro sistema.

3ª) La declaración de parte que determina la compensación, como su denominación lo indica, tampoco es un acto jurídico constitutivo, sino declarativo; la compensación no procede por el solo querer del declarante, sino porque su manifestación precipita los efectos de una situación preexistente y cuya eficacia estaba hasta entonces en latencia. Significa lo dicho que la declaración que se comenta obra retroactivamente hasta el momento en que se dio la coexistencia de las obligaciones compensadas[98]. Con esta solución se logra el efecto que en la legislación colombiana y en sus modelos se buscó con la compensación legal, pero sin incurrir en las contradicciones lógicas que esta implica.

4ª) La reseñada compensación facultativa del derecho alemán y del suizo también difiere fundamentalmente, por el aspecto indicado, de la compensación convencional, de la facultativa y de la judicial en nuestro sistema. En

[97] C. C. A., art. 388; C. F. S. O., art. 124.

[98] C. C. A., art. 389; C. F. S. O., art. 124, ord. 2º.

efecto, según se vio, ellas solamente se dan en defecto de la compensación legal, cuando esta no procede desde el momento en que se presenta la coexistencia de las obligaciones recíprocas. Por ello, tales especies de la compensación mencionadas solo producen efectos para el futuro (ex nunc). Por el contrario, en la compensación facultativa alemana y suiza, la declaración de parte, al obrar retroactivamente, vincula los efectos de la compensación al momento en que coexisten las obligaciones recíprocas (ex tunc).

Título VIII

LA REMISIÓN

I. Generalidades

703. Concepto.—La remisión es un modo de extinguir las obligaciones, y consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor. Este tiene que dar, hacer o no hacer algo en provecho de aquel, quien, en un momento dado, con ánimo de beneficencia, libera a su deudor de la prestación debida.

704. Naturaleza jurídica.—Confusiones doctrinarias de antigua data han oscurecido y deformado el concepto jurídico de la remisión hasta el punto que, diluida artificiosamente en otras figuras distintas, sería una institución obsoleta y llamada, por inoficiosa, a desaparecer de las legislaciones modernas.

Generalizada, sin mayor sindéresis, es la idea de que la remisión se produce siempre que el acreedor libera a su deudor sin recibir el pago de la precisa prestación debida, lo que ha dado lugar a la extravagante clasificación de la remisión en gratuita y onerosa, clasificación que lleva a colegir que la segunda, es decir, la remisión onerosa, no existe, pues se confunde con otras figuras. La remisión es gratuita, se dice, cuando el acreedor renuncia a su derecho sin recibir nada en compensación, y es onerosa cuando aquel, a cambio de su derecho, obtiene alguna utilidad, como cuando adquiere un crédito nuevo (novación), o cuando admite prestación distinta de la debida (dación en pago), o cuando acreedor y deudor se hacen concesiones mutuas (transacción), o cuando revocan el contrato que los obliga recíprocamente (mutuo disenso), etc. Conclusión: en estos casos de la llamada remisión onerosa, esta se confunde con otras instituciones diferentes y queda sujeta al régimen y eficacia de ellas[99].

[99] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1770, págs. 470 y 471; Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 71, pág. 426; Fernando Vélez, ob. cit., t. vi, núm. 452, pág. 335.

Pero es más: propuesta, como se expresó, la categoría de la remisión onerosa, para concluir paradójicamente que ella no existe, también se pretende minar la institución en su otro reducto, el de la remisión gratuita, identificándola con el contrato de donación[100]. La conclusión que naturalmente fluye de este otro planteamiento es la de que la remisión tampoco existe como un acto gratuito diferente de la donación.

En nuestro sentir, las precitadas tesis sobre la naturaleza jurídica de la remisión son, por igual, equivocadas.

En primer término: es bien sabido que en todo acto jurídico hay elementos esenciales (essentialia negotii), sin los cuales el acto, o no produce efecto alguno, o degenera en otro acto diferente (art. 1501). Entonces, si la pretendida remisión onerosa, según lo confiesan quienes la aceptan, degenera en otras instituciones diferentes, tales como la novación, la dación en pago, la transacción, etc., ¿no significa esto a las claras que la gratuidad es elemento esencial de la remisión, que la tipifica como una figura jurídica distinta de aquellas otras?[101].

En segundo término: de ser verdadera la absorción de la remisión por la donación, sobraría la primera y debería suprimirse del Código. Mas si se averiguan y se encuentran —según lo veremos adelante— diferencias específicas de fondo y de forma entre estos dos actos igualmente gratuitos, pero que cumplen funciones jurídicas distintas, pues la donación es un contrato traslaticio que genera para el donante obligación de dar y la remisión, es un modo de extinguir obligaciones de dar, hacer o no hacer, la supuesta identificación resulta falsa y la remisión cobra características propias que justifican su establecimiento legal.

705. La remisión es un acto jurídico extintivo.—Si por acto jurídico se entiende la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, la remisión es un típico acto jurídico, porque el acreedor obra en ella con la intención de extinguir la relación obligatoria que lo vincula al deudor. Por este aspecto, la remisión, presidida por la intención de extinguir una obligación (animus solvendi), ya se diferencia de cualquier contrato (novación, transacción, donación, etc.), cuyo efecto propio es la creación de obligaciones y, por ello, supone la intención de las partes en tal sentido (animus obligandi).

706. La remisión es un acto unilateral del acreedor.—Contra la solución romana expresamente consagrada por el Digesto, conforme a la cual, de la propia manera que se puede repudiar por su titular el derecho de dominio, el acreedor también puede renunciar a su derecho crediticio, extinguiendo así la

[100] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 714, págs. 426 y 427; Fernando Vélez, ob. cit., t. vi, núm. 452, pág. 335.

[101] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, págs. 334 y 335.

obligación del deudor[102], la doctrina muy posterior, parece que inspirada en el pensamiento no bien claro de POTHIER[103], se inclina a exigir el consentimiento del deudor en la remisión de la obligación, de donde dicho modo necesariamente estructuraría una convención o acto bilateral, antes de cuya formación el acto unipersonal de renuncia del acreedor sería ineficaz[104].

Los argumentos que se han aducido en pro de esta tesis se hacen consistir: en que el dominio y los otros derechos reales pueden ser abandonados porque ellos vinculan al titular y a la cosa sin consideración a persona determinada, al paso que los derechos crediticios atan al acreedor y al deudor, quienes deben concurrir a deshacer (mutuo disenso) el vínculo obligatorio que ellos contribuyeron a formar al celebrar un contrato que es ley para ambos (art. 1602)[105]; y en que el Código Civil, en su artículo 1454, preceptúa que "hace donación el que remite una deuda", de donde se concluye que, como la donación es un contrato, la remisión también debe serlo[106].

No compartimos estas opiniones, porque consideramos que la remisión es un acto unipersonal del acreedor, dotado por sí mismo de eficacia extintiva.

Dicho esta que la remisión, en el derecho romano, se consideró como la renuncia lícita del derecho del acreedor, al igual que el abandono del dominio por el propietario, quedando así descartada al respecto esa diferenciación entre los derechos reales y los crediticios, que se funda en la antítesis que los pandectistas alemanes y sus seguidores pretendieron establecer entre ellos. La remisión, según el dictamen de PAULUS, era una facultad del acreedor, el cual podía hacer uso de ella sin contar con el consentimiento del deudor, quien mal podría estar interesado en oponerse al beneficio que la liberalidad de su acreedor le deparaba. Además, esta solución era, así mismo, corolario obligado de otro principio paralelo igualmente consagrado por el Digesto, conforme al cual nos es lícito mejorar la condición de otro, aun sin su conocimiento, pero no empeorarla, principio que también sirvió de fundamento a la autorización a cualquier persona para pagar por el deudor[107].

Siguiendo las precitadas directrices romanas, el artículo 15 de nuestro Código Civil preceptúa que "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia". No distingue este texto legal entre derechos reales y

[102] PAULUS, L. 2, par. 1, Pro derelicto, lib. 41.

[103] POTHIER, Obligations..., núm. 614.

[104] CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1771, págs. 471 y 472; ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 708, págs. 424 y 425.

[105] CLARO SOLAR, ob. cit., loc. cit.

[106] ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., loc. cit.

[107] GAIUS, L. 39, t. V, De neg. gest., lib. 3º ... Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti, nos facere posse, deteriorem non posse.

derechos crediticios, sino que la facultad que confiere mira exclusivamente al interés implicado en la renuncia: si esta no lesiona un interés ajeno ni contraviene una prohibición de la ley, es lícita. Ahora bien, como la remisión, lejos de perjudicar el interés del deudor, lo favorece, ella constituye una renuncia lícita del acreedor, sin que se vea por qué tenga que contar con el consentimiento del deudor, que el artículo 1630 también descarta expresamente al autorizar, como en el derecho romano, el pago por cualquier persona distinta de dicho deudor. Contradictorio habría sido que el Código hubiese considerado lícito este pago por un tercero, descontando expresamente el consentimiento del deudor favorecido, y que, por el contrario, hubiese requerido este consentimiento para que el acreedor pudiera hacer lo propio: mejorar la condición de aquel, perdonándole la deuda. Pero esta contradicción no existe, porque tal requisito no se exige en la ley, sino que es una invención artificiosa de la doctrina. Corrobora este aserto el hecho de que el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago de su crédito, ni siquiera por el procedimiento del pago por consignación, lo que no se comprendería si legalmente no pudiese renunciar a dicho crédito por su sola voluntad y aun a pesar del deudor.

Todavía más deleznables y empíricos resultan los argumentos que se fundan en la ley contractual y en la asimilación que el Código hace para ciertos fines entre la remisión y el contrato de donación. En cuanto a lo primero, el argumento parte del supuesto falso de que toda obligación nace de un contrato que no puede ser deshecho sino por el mutuo disenso de las partes (art. 1602), cuando lo cierto es que toda obligación, independiente de cuál sea su fuente, contrato, compromiso unilateral, hecho ilícito, enriquecimiento sin causa, vale decir, aunque no sea una obligación contractual, puede ser disuelta por una simple convención extintiva (art. 1625, inc. 1º), que es un modo distinto de la remisión. En cuanto a lo segundo, ya veremos que la afinidad entre la donación y la remisión solamente obedece a que una y otra son actos gratuitos que implican el ánimo de liberalidad del donante o del acreedor remitente, según el caso, y que, como tales actos gratuitos, ofrecen peligros que deben ser conjurados del mismo modo; pero que esta afinidad no autoriza la confusión entre las dos instituciones.

En suma, en nuestro sentir, la remisión, conforme a la tradición latina y a nuestra ley, es un modo de extinguir las obligaciones por la renuncia del crédito, acto unipersonal del acreedor. Si este expresamente hace tal renuncia, no pudiendo existir obligación sin acreedor, el vínculo se disuelve y el deudor queda libre. Y lo propio sucede en el caso de la remisión tácita, de la cual tratamos seguidamente.

707. La remisión tácita.—En consonancia con la expuesta característica que venimos de analizar, como es la de ser la remisión un acto unipersonal del acreedor, quien renuncia lícitamente y por su sola voluntad a su derecho crediticio, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, y aun a su pesar, por carecer este de interés para oponerse a un acto que solo mejora su con-

dición, el Código Civil consagra la remisión tácita, ya reconocida por el derecho romano y en la cual lo que cuenta es la intención remisoria del acreedor.

A términos del artículo 1713: "hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

"La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda".

Es lo normal que si para preconstituir la prueba de una obligación, el deudor otorga un documento que sirve de título al acreedor, este lo conserve en su poder hasta que su crédito haya sido satisfecho por pago, novación, compensación, etc. De suerte que si dicho acreedor lo entrega al deudor, o lo cancela, o lo destruye, es de presumir racionalmente que la obligación en él consignada ha dejado de existir. Pero, como los modos de extinción de las obligaciones son varios, según se ve en los ejemplos propuestos, ¿a cuál de ellos atribuir la ocurrencia del hecho indicador de tal extinción? Para absolver este interrogante los jurisconsultos romanos optaron acertadamente por la remisión: el acreedor que ha obrado en la forma dicha, en todo caso ha querido liberar al deudor, aun gratuitamente; de todas maneras ha hecho manifiesta su intención de no pedir lo debido (de non petendo), que es, desde entonces, el fundamento de la excepción de extinción de la obligación por la remisión.

De la lectura del artículo 1713 se desprende que este consagra dos hipótesis distintas, cada una de las cuales sirve de fundamento a la presunción legal de remisión tácita, a saber: 1ª) la entrega del título por el acreedor al deudor, y 2ª) la cancelación o destrucción del título por el acreedor.

1ª) Debe reunir las siguientes condiciones: a) la entrega del título; b) la intención remisoria; c) la entrega por el acreedor, y d) debe hacérsele al deudor.

a) Claro Solar estima que esta hipótesis de la entrega se refiere a cualquier clase de título: documento privado, copia de la escritura pública o de la sentencia judicial[108]. En nuestro sentir, es esta una opinión es discutible, porque si la obligación se ha consignado en dos o más ejemplares del documento, o si el acreedor tiene la posibilidad de proveerse de copias de aquel, v. gr., de la escritura pública o de la sentencia judicial, la simple entrega de uno de los ejemplares o copias constituye un hecho equívoco que difícilmente sirve para fundar una presunción tan grave como es la de remisión. Con otras palabras, si el acreedor no perjudica la prueba documental de su crédito al desprenderse de un ejemplar del título que él puede reemplazar, resulta forzado atribuirle la renuncia de su derecho. Tal es la interpretación que fluye de los términos que

[108] Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1788, págs. 481 y 482.

emplea el artículo 1713 que, al hablar de la entrega del título, obviamente se refiere al título único y no a uno de sus varios ejemplares.

b) La entrega debe ser voluntaria. Esto significa que este hecho material debe estar determinado por el ánimo de desprenderse de la prueba del derecho renunciado; faltando esta intención, como cuando se comprueba que tal entrega se ha hecho por otro concepto, v. gr., el de depósito o el de mandato, queda descartada la presunción de remisión[109].

c) La entrega debe hacerla el acreedor, lo que no obsta que pueda efectuarse por un mandatario suyo expresamente facultado para remitir la obligación. No así por los representantes legales de los incapaces, como los tutores y curadores, a quienes les está prohibido donar los bienes raíces de su pupilos, y, sin licencia judicial, dinero o bienes muebles (art. 491), prohibición que sin duda es extensiva a los padres de familia (art. 304). Estas reglas prohibitivas referentes a la donación también rigen para la remisión (arts. 492 y 1712).

d) En fin, la entrega del título debe hacérsele al deudor, bajo cuyo nombre se entienden el codeudor solidario o de obligación indivisible y también el fiador, quien es un codeudor subsidiario[110].

2ª) La segunda hipótesis de la remisión tácita se configura cuando el acreedor destruye o cancela el título con el ánimo de remitir la deuda en él consignada, sin que medie entrega al deudor, hipótesis que no requiere mayores explicaciones.

Ahora bien, como expresamente lo puntualiza el artículo 1713, la precitada presunción no es de derecho, sino simplemente legal, pues el acreedor es recibido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no se hizo con intención remisoria, enervando así dicha presunción. Desde luego, las simples afirmaciones del acreedor en tal sentido no son suficientes, porque el artículo comentado le exige la prueba de ellas. Así, por ejemplo, si el título se encuentra en poder del deudor, el acreedor puede probar que este es el contador de su negocio y que recibió el documento para los fines de su cometido, o que la cancelación obedeció a que el deudor ofreció el pago por intermedio de un mensajero con quien debía remitírsele el título, oferta que no fue cumplida, o que el título se destruyó en un incendio.

708. La remisión es un acto jurídico gratuito.—Al igual que la donación y que la asignación testamentaria, la remisión es un acto jurídico gratuito. Solamente se da cuando responde a la definición que de ella hemos propuesto: cuando el acreedor, con ánimo de liberalidad, con espíritu de beneficencia, le perdona o condona al deudor la prestación debida.

[109] Ibídem, núm. 1789, pág. 482.

[110] Ibídem, núm. 1791, pág. 483.

709. La remisión y la donación.—Según quedó expuesto, la doctrina ha incurrido en confusiones que han deformado la institución de la remisión, tal como fue concebida por los jurisconsultos romanos, y que, entre esas confusiones, se cuenta la que ha pretendido reducirla al contrato de donación, error este que se refleja en nuestro Código Civil, inspirado por su modelo francés. Así, el artículo 1454 dice que "hace donación el que remite una deuda", principio que aplica el artículo 1452, relativo a los réditos de un capital colocado a interés o a censo; y el artículo 1712, que también parece acoger la falsa clasificación de la remisión en gratuita y onerosa, preceptúa que "la remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos, y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita".

Con fundamento en los precitados textos legales, concluyen algunos de sus intérpretes, según se vio, que la remisión es una donación. Pero resulta que las diferencias entre la remisión y la donación son perturbantes, a saber:

1ª) Ambas constituyen actos jurídicos, pero de especies diversas: la donación es un contrato y, como tal, productivo de obligaciones para el donante y eventualmente para el donatario, lo que supone en estos el ánimo de obligarse (animus obligandi), al paso que la remisión es un acto jurídico extintivo determinado por la intención de solucionar una obligación preexistente (animus solvendi).

2ª) La donación, como contrato que es, siempre requiere el consentimiento del donante y el donatario; la remisión es un acto unipersonal o unilateral del acreedor, que, al renunciar a su derecho, extingue un vínculo obligatorio que no puede subsistir sin acreedor. La aceptación del deudor remitido no es necesaria, al contrario de lo que para la donación prescribe el artículo 1443; ya que la remisión hasta puede ser tácita, como cuando el acreedor destruye el título de la obligación (art. 1713).

3ª) La donación no se presume: en ella el consentimiento específico de las partes siempre tiene que ser expreso (art. 1450). La remisión puede ser tácita y se presume en los casos contemplados en el artículo 1713: entrega voluntaria del título al deudor, o destrucción o cancelación de dicho título.

4ª) Además de las solemnidades especiales, si de bienes inmuebles se trata: otorgamiento de escritura pública y registro de esta (art. 1457), e insinuación judicial cuando la cuantía es superior a 50 salarios mínimos mensuales (arts. 1458 y 1712 y 1º del decr. 1712 de 1989), solemnidades que son comunes a la donación y a la remisión; para la primera se exige otra formalidad ad substantiam: la notificación al donante de la aceptación del donatario (art. 1469). Esta formalidad no es necesaria en la remisión, que puede ser tácita (1713).

5ª) La donación es gratuita por su naturaleza: la remisión lo es por su esencia. A falta de cláusula especial del contrato que le imponga una carga al donatario, la donación es naturalmente gratuita (arts. 1501 y 1443); solo tiene

por objeto la utilidad de este último (art. 1497). Pero, existiendo tal cláusula, la donación se torna en sinalagmática y onerosa: obliga y grava a ambas partes (arts. 1496 y 1497). Por el contrario, la gratuidad es esencial en la remisión, pues si al hacerla se le impone una obligación al deudor, bien sea en provecho del acreedor o bien de un tercero, el supuesto acto remisorio degenera en novación: si en favor del mismo acreedor, novación objetiva; si en pro de un tercero, novación subjetiva.

6ª) La donación es un contrato traslaticio del dominio, en cuanto genera para el donante la obligación de transferirle uno o más bienes al donatario (art. 1443). La remisión no produce obligación alguna sino que, por el contrario, extingue una obligación preexistente.

Resulta, por tanto, notoriamente inexacta la fórmula del artículo 1712, conforme a la cual la remisión "está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos"[111].

710. La remisión testamentaria.—Quienes sostienen que la remisión ha de consistir siempre en una convención entre el acreedor y el deudor, suelen presentar como excepción a esta regla el caso de la llamada remisión testamentaria que se realizaría por el acto unilateral de testador[112].

En nuestro sentir, la cuestión es diferente. En este punto el Código Civil y sus intérpretes incurren en una confesión tradicional entre dos actos gratuitos de naturaleza diferente, aunque uno y otro conduzcan, a la postre, a un mismo resultado práctico: la extinción del vínculo obligatorio. Se confunden el legado del crédito y la remisión de la deuda. La llamada remisión testamentaria no es tal remisión, sino que ella constituye, como expresamente lo considera el Código, un legado del crédito correlativo, llamado a extinguirse por un modo distinto de la remisión: por el de la confusión. Dispone el artículo 1187: "Si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece, no podrá el deudor aprovecharse de la condonación; pero si se pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado". Dos aspectos sobresalen en este texto legal: el deudor es considerado como legatario del crédito que contra él tiene el testador, y este legado, como el de cualquier otro crédito a cargo de un tercero, es esencialmente revocable. Quiere esto decir que la ley interpreta la voluntad del testador en el sentido de que este, al condonar la deuda, no ha querido extinguir su derecho por renuncia, esto es, por remisión (por lo cual puede posteriormente demandar al deudor o recibir el pago), sino que ha querido propiciar que, al aceptar el deudor el legado del crédito, que hasta ese momento subsiste, se produzca la extinción de la deuda, al confundirse en dicho deudor las calidades de tal y la de acreedor de sí mismo (art. 1724)[113].

[111] Claro Solar, ibídem, núm. 1783, págs. 479 y 480.

[112] Sic. Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. III, núm. 709, págs. 425 y 426.

[113] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. XII, núm. 1772, págs. 472 y 473.

711. La remisión concordataria.—Ya hemos visto que el concordato o convenio entre el deudor y sus acreedores es un contrato colectivo, por cuanto, adoptado por dicho deudor y la mayoría de sus acreedores, es obligatorio para los acreedores minoritarios o disidentes que hubieran dejado de concurrir a su adopción.

Dícese, entonces, que cuando el concordato estipula quitas o rebajas de las deudas, se configura una remisión forzada respecto de dichos acreedores ausentes o disidentes.

A nuestro modo de ver, esta calificación es inexacta. El concordato procura un arreglo entre el deudor sometido a un proceso concursal y sus acreedores, para conciliar los intereses opuestos de ellos. De manera que las quitas o rebajas que en él se convengan, no se explican por un ánimo de liberalidad de los acreedores, sino por su propósito de evitar el mayor perjuicio que podría ocasionarles el proceso concursal. Trátase entonces de una transacción y no de una remisión propiamente dicha. La inadecuada denominación de "remisión forzada" obedece así a la pretendida e indefensable clasificación de la remisión en gratuita y onerosa que ha conducido, según hemos visto, a que se confunda la remisión con otras figuras distintas; aquí, con la transacción.

II. Requisitos de la remisión

712. Relación.—Entre los requisitos generales de todo acto jurídico, capacidad legal, consentimiento sano, objeto y causa lícitos, y los especiales de ciertos actos, como los solemnes, conviene destacar los siguientes, tocantes a la remisión:

1º) Si la remisión consiste en la renuncia que el acreedor hace de su derecho, para que sea válida a términos del artículo 15 del Código Civil, tal derecho ha de mirar exclusivamente al interés del renunciante y no estar legalmente prohibida su renuncia. Así, por ejemplo, como los padres de familia no pueden renunciar a los derechos inherentes a la patria potestad, porque estos se le otorgan, no solo en su interés, sino en el de la familia, el acreedor a alimentos tampoco puede remitir la obligación del alimentante por expresa prohibición legal (art. 424), a menos que se trate de pensiones atrasadas (art. 426).

2º) La remisión es un acto de disposición de un derecho crediticio y, por tanto, conforme a las reglas generales, solo puede realizarlo el acreedor "hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella" (la obligación) (art. 1711), vale decir, el acreedor legalmente capaz.

El acreedor incapaz no puede remitir, ni tampoco pueden hacerlo los padres de familia (art. 304) o el guardador, por prohibición absoluta si se trata de créditos relativos a bienes inmuebles (art. 491), o por prohibición relativa respecto de créditos de dinero o de bienes muebles, en cuanto puede realizarse con autorización judicial, la que solo se concederá en circunstancias muy especiales (ibídem).

A propósito de la habilidad para remitir, es claro que el acreedor capaz puede hacerlo personalmente o por intermedio de un mandatario. Pero este último requiere autorización expresa para el efecto, pues el mandatario general, aun con facultad de libre administración, solamente puede efectuar actos administrativos. Para los dispositivos, como lo es la remisión, se requiere poder especial.

3º) Por disposición expresa del artículo 1457 del Código Civil, la remisión de una deuda que verse sobre bienes raíces está sujeta al otorgamiento de escritura pública y al registro de esta, por ejemplo, en caso de que el dominio del inmueble se encuentre modalizado con una obligación a cargo del propietario, como la de destinarlo al funcionamiento de un hospital. Quiere esto decir que, respecto de las obligaciones de la especie mencionada, la remisión es solemne y, por ende, queda descartada la remisión tácita y cualquiera otra en que se omitan dichas formalidades de ley.

4º) También exige expresamente el artículo 1712 la solemnidad consistente en la insinuación o licencia judicial para la remisión en los mismos casos en que ella se necesita para la donación. Y el artículo 1458 la prescribe, so pena de invalidez, para la donación que exceda de la suma de 50 salarios mínimos mensuales (decr. 1712 de 1989, art. 1º). En consecuencia la donación informal, es decir, la celebrada sin escritura pública ni insinuación judicial, es válida respecto de bienes muebles cuya cuantía no exceda de la expresada suma. Y estas restricciones también proceden respecto de la remisión expresa y de la tácita por entrega, destrucción o cancelación del título.

III. Efectos de la remisión

713. Relación.—1º) La remisión es la renuncia del derecho crediticio, de la condición de acreedor que tiene el renunciante, y, por tanto, de ser total, ella produce la extinción del vínculo obligatorio que no puede subsistir sin uno de sus elementos esenciales: el acreedor.

2º) La remisión puede ser parcial, como cuando el acreedor le rebaja al deudor la mitad o la tercera parte de la deuda, o los intereses devengados. En tal caso, la extinción de la obligación solamente obra hasta concurrencia de la parte remitida.

Al respecto, ya se explicó que la condonación que el acreedor le hace a uno de los codeudores solidarios no obra en favor de los demás, quienes continúan obligados solidariamente, aunque con deducción de la cuota correspondiente, al codeudor a quien el acreedor ha querido beneficiar.

3º) La remisión total de la obligación no solo extingue esta, sino también todos sus accesorios, por ejemplo, la fianza, prenda o hipoteca constituidas en garantía de aquella, pues "lo accesorio sigue la suerte de lo principal"; las garantías no pueden sobrevivir a la obligación garantizada. Pero si la remisión es solo parcial, dichas garantías subsisten caucionando la parte no remitida, a menos que el acreedor también renuncie a ellas.

4º) "La remisión de la prenda o de la hipoteca —dispone el artículo 1713— no basta para que se presuma la remisión de la deuda". La cuestión es clara: si es cierto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no lo es la proposición inversa; si el acreedor renuncia a los intereses o a las garantías de que está premunida la obligación, ella no envuelve la remisión de esta. Y lo así declarado innecesariamente por la ley respecto de la prenda o la hipoteca, es pertinente a la fianza: el acreedor puede liberar al fiador subsidiariamente obligado, y conformarse con la responsabilidad que compete al deudor principal.

5º) La remisión, como un acto gratuito que es, resulta especialmente censurable cuando se realiza en fraude de los acreedores. La moral y el derecho repugnan que el deudor disminuya su patrimonio mediante liberalidades que lo pongan en situación de no poder cumplir sus obligaciones y compromisos contraídos para con sus acreedores. En tal supuesto, el ánimo de liberalidad que, de suyo, es encomiable, se torna en inmoral (animus nocendi). De ahí que la ley expresamente declare sujeta a la acción pauliana o revocatoria la remisión realizada en tales condiciones (art. 2491).

Título IX

LA CONFUSIÓN

714. Concepto.—La confusión es un modo de extinguirse las obligaciones por la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedora y deudora. Debo a otro $ 1.000 o este me los debe y posteriormente resulto ser su heredero universal. La obligación se extingue porque yo no puedo ser acreedor o deudor de mí mismo, respectivamente.

En un sentido lato, la confusión consiste en que en una misma persona se reúnen calidades que son excluyentes, con el efecto de que estas, o algunas de ellas, se extinguen o se consolidan. Puede presentarse, por tanto, la confusión en el campo de los derechos reales, como en el de los crediticios. Así, la propiedad fiduciaria se consolida y el fideicomiso se extingue al confundirse las calidades de fideicomisario y de único fiduciario (art. 822, ord. 6º); la propiedad desmembrada se consolida, extinguiéndose los derechos reales desmembrados al reunirse en una sola persona, como cuando el nudo propietario adquiere el usufructo (art. 865, inc. 3º); las servidumbres se extinguen cuando los predios pasan a ser de un mismo dueño (art. 942, ord. 3º), etc. Aquí solo nos ocupamos de la confusión en el campo del derecho crediticio.

715. Naturaleza jurídica.—La obligación es, por definición, un vínculo jurídico en el cual una persona llamada deudor tiene que realizar una prestación en provecho de otra llamada acreedor. Es, pues, esencial al vínculo obli-

gatorio la diversidad de sus sujetos. En general, toda relación jurídica es, por esencia, bilateral, en el sentido de que necesariamente debe existir entre dos o más personas, pues el derecho no regula la conducta del individuo aislado (consigo mismo).

Inocuas y vanas son, por tanto, las divagaciones de los civilistas, que se remontan a los jurisconsultos romanos, para averiguar si la confusión extingue las obligaciones o si solamente paraliza la acción ejecutiva inherente a ellas, al no poder ejercerla el acreedor contra sí mismo. Al desaparecer la bilateralidad de la relación jurídica, esta deja de existir con todos sus accesorios, entre ellos los derechos auxiliares o acciones de quien ha dejado de ser acreedor. Igualmente son inanes, frente a la filosofía jurídica, las disquisiciones en que se han empeñado los doctrinantes acerca de si la confusión procede o no de derecho, según lo dice el artículo 1724. Si la relación jurídica obligatoria se destruye de facto al desaparecer la necesaria dualidad de sujetos que la sustentan, esta no se extingue porque la ley así lo declare, sino porque la ley nada tiene que ver con las situaciones individuales de las personas. Y esto es todo[114].

716. La causa única de la confusión.—Esta causa es siempre la sucesión jurídica, entendiendo por tal el traspaso del derecho o de la deuda, del acreedor o del deudor, respectivamente, a otra persona. Por tanto, esta figura de la sucesión comprende, en sentido lato, la cesión, es decir, la traslación por acto entre vivos, que siempre ha de ser a título singular, y la transmisión por causa de muerte, bien sea a título universal o herencia, o bien a título singular o legado.

En consecuencia, cuando se presenta la sucesión se opera por el traspaso de la deuda al acreedor o del crédito al deudor, el vínculo obligatorio se extingue por confusión. El acreedor, caso insólito, le cede el crédito al deudor; este adquiere el establecimiento mercantil ajeno a que está adscrita su deuda; el acreedor instituye heredero a su deudor o, caso también insólito, lo instituye legatario del crédito en su contra; o, caso ya extravagante, el acreedor le impone a su deudor, instituido heredero o legatario del crédito, la obligación de pagarlo.

717. La confusión por causa de muerte.—Conviene formular aquí algunas precisiones que la doctrina y el propio Código pasan por alto, incurriendo en varios errores.

Una vez más se repite que, dentro de la concepción latina de patrimonio-personalidad, este es un atributo inseparable de toda persona: es el conjunto de los bienes y obligaciones, presentes o futuros, ciertos o inciertos, conocidos

[114] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núms. 1867 y ss., págs. 541 y 542, y todos los autores que cita.

o desconocidos, que se vinculan al sujeto de derecho en el curso de su vida. Ahora, este patrimonio no se desintegra por la muerte de su titular, sino que continúa siendo una universalidad jurídica (universitas ius defuncti) y que, por no poder existir sin sujeto, se traspasa a los herederos de aquel, quienes representan al causante, ocupando su lugar. Dentro de este mismo orden de ideas, a la muerte del causante los herederos no pasan a convertirse en sujetos de los derechos y obligaciones de aquel, individualmente considerados tales derechos y obligaciones, como el dominio en un inmueble, tal crédito o tal deuda, pues esta transmisión singularizada solo se produce por la partición o adjudicación, mediante la cual se liquida el patrimonio relicto con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (art. 1401). Entre tanto, es necesario insistir, este patrimonio continúa siendo una universalidad jurídica, para cuya vinculación con los herederos (patrimonio-personalidad) tuvo que inventarse un derecho sui generis: el derecho real de herencia.

De las anteriores precisiones resulta que, dado el sistema descrito, en realidad un heredero del causante no adquiere los créditos ni las deudas de su causante, sino en el momento en que le sean adjudicados individualmente, aunque esta adjudicación se retrotraiga al tiempo de la muerte del causante (art. 1401). Quiere esto significar que la confusión mortis causa solamente puede configurarse en dicho momento, que es cuando se sabe de cierto qué derechos, créditos o deudas relictos le corresponden al heredero[115].

Además, el heredero puede aceptar la herencia sin beneficio de inventario o con él. En el primer caso, responde de la totalidad de las deudas hereditarias; en el segundo, solamente hasta concurrencia de los bienes sucesorales; en el primer caso, si estos bienes no alcanzan a cubrir el pasivo heredado, el heredero tiene que pagar el saldo insoluto con sus propios bienes; en el segundo, agotado el activo hereditario, el pasivo insoluto se extingue por imposibilidad jurídica y material de ejecución. Cierto es, por tanto, lo dispuesto por el artículo 1728: "Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios". El heredero beneficiario no responde con sus propios bienes de las deudas hereditarias, cuyo pago deben perseguir los acreedores en los bienes sucesorales, incluidos entre estos los derechos crediticios. Pero esto nada tiene que ver con el tema que nos ocupa: la extinción de las obligaciones por confusión entre las calidades de acreedor y deudor. La palabra confusión tiene aquí un significado diferente: se refiere a la separación, a la no confusión de los bienes propios del heredero con los que forman parte del patrimonio hereditario. Luego el citado texto legal está mal situado e induce a apreciaciones equívocas[116].

[115] En contra, Claro Solar, ob. cit., t. xii, núm. 1874, págs. 546 y 547.

[116] Idem, ibidem. Pothier, Obligations..., núm. 642.

El beneficio de separación, que se confiere a los acreedores del difunto para que los bienes sucesorales no se confundan materialmente con los del heredero (art. 1435), quien en su gestión administrativa y aun dispositiva podría poner en peligro los créditos de aquellos, sí tiene incidencia en la confusión como modo de extinguir las obligaciones. El heredero o herederos no pueden oponerles a los acreedores beneficiarios de la separación de bienes la excepción de confusión; no pueden negarse a pagar sus deudas contraídas en favor de su causante, arguyendo que estas se han extinguido al adquirir ellos los respectivos créditos hereditarios, confusión que también se opondría al principio conforme al cual, en el interregno entre la muerte del causante y la liquidación de su patrimonio, los herederos no tienen un derecho individualizado sobre los bienes y créditos relictos.

718. Efectos de la confusión.—Son ellos:

1º) Concurriendo en una misma persona las calidades de acreedora y deudora, la obligación se extingue, no porque la confusión produzca "iguales efectos que el pago", como impropiamente lo expresa el artículo 1724, sino porque la situación del acreedor de sí mismo deja de ser una relación bilateral, un vínculo jurídico.

2º) Superfluamente afirma el artículo 1726: "Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esta parte". Esta confusión parcial es de frecuente ocurrencia en la sucesión por causa de muerte. Suponiendo, por ejemplo, que el acreedor deja un crédito que existe a cargo de uno de sus tres herederos de cuotas iguales, dicho crédito se extingue en la tercera parte del deudor heredero, y subsiste en el resto. Sobran mayores explicaciones.

3º) También superfluamente dice el artículo 1725: "La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal". Obvio: lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue la de lo accesorio. Además, la regla es incompleta porque ella no solamente se predica de la fianza, sino también de las garantías reales, como la hipoteca y la prenda, lo mismo que de los privilegios.

4º) El artículo 1727 del Código Civil trae la siguiente regla especial tocante a la solidaridad: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda. Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito". Si la confusión obrara lo mismo que el pago, al extinguir la obligación solidaria disolvería totalmente el vínculo entre los deudores solidarios y el acreedor o entre los acreedores solidarios y

el deudor. Entonces, disuelto el vinculum, solo subsistirían las relaciones del commodum, esto es, las que se dan entre los codeudores o los coacreedores, según el caso. De acuerdo con la solución francesa, acogida por el artículo 1579, conforme a la cual el codeudor solidario que paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago, como sería la confusión (art. 1724), habría que concluir que la obligación solidaria subsistiría cambiando de acreedor y efectuándose así una especie de subrogación en el crédito en favor del codeudor que participa en la confusión, con solidaridad y todo. Pero nuestro Código, apartándose de esa solución, consagra para la confusión regla distinta, de aplicación prevalente por ser especial (ley 57 de 1887, art. 5º, num. 1); así, el acreedor solidario con quien se cumple la confusión, debe pagar a sus coacreedores sus respectivas cuotas en el crédito, y el codeudor solidario que ha participado en aquella, solo puede exigir a cada uno de sus codeudores su respectiva cuota en la deuda, es decir, que la solidaridad entre estos se extingue.

5º) Algunos estiman que el efecto extintivo de la confusión puede borrarse, haciendo renacer la obligación o, si se quiere, liberándola de la paralización que algunos suponen producida por la confusión[117]; pero, en cuanto a los terceros, aquellos distinguen, según que esta reviviscencia o desparalización obedezca a una causa nueva y posterior a la confusión, o a una causa antigua, anterior o coetánea a ella.

Dícese que la causa es nueva cuando proviene de la voluntad posterior del acreedor y del deudor, como sería el caso de la revocación o el mutuo disenso entre estos del acto que produjo la confusión, por ejemplo, la cesión del crédito. Entonces, no revivirían contra terceros los privilegios del crédito y las garantías que ellos prestaron para seguridad de este. Pero si la causa es antigua, es decir, anterior o contemporánea a la confusión, como la nulidad, la rescisión, la resolución[118] del acto generante de la confusión, al obrar estos fenómenos retroactivamente (ex tunc), volviendo las cosas a su estado anterior, el crédito que se suponía extinguido revive o, según se dice, se desparaliza, conservando todos sus accesorios, inclusive frente a terceros, como los privilegios y también las garantías prestadas por ellos.

Estimamos acertadas estas soluciones, pero no compartimos sus fundamentos. La revocación voluntaria y posterior a la confusión, no revive la obligación extinguida, sino que genera otra obligación nueva entre las partes, la cual no puede afectar a terceros que no han participado en tal acto. Por el contrario, la ineficacia del acto que produjo la confusión hace que esta se tenga por no cumplida, esto es, que la obligación implicada no se ha extinguido, como tampoco sus accesorios. Sin embargo, respecto de la resolución, si se aplican los principios que la gobiernan, ella no afectaría a los terceros de buena fe.

[117] Claro Solar, ob. cit., págs. 552 y 553, quien se apoya en Demolombe.

[118] Claro Solar, ob. cit., loc. cit., incluye también la revocación.

Título X

LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN

I. Generalidades

719. Precisión.—El tema enunciado bajo el epígrafe de este título es susceptible de enfoques distintos, aunque íntimamente vinculados entre sí, a saber: 1º) la extinción de las obligaciones por la imposibilidad de su ejecución; 2º) la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, y 3º) la determinación de quién, si el acreedor o el deudor, corre con los riesgos de la inejecución.

Para nuestro propósito primordialmente nos interesa el primero de los precitados aspectos, es decir, el relativo a la incidencia de la imposibilidad de ejecución en la existencia misma de las obligaciones, cuando tal imposibilidad se presenta y se traduce en la extinción del vínculo obligatorio.

Del segundo de tales aspectos, esto es, la responsabilidad del deudor, ya nos hemos ocupado ampliamente al examinar la indemnización de los perjuicios irrogados al acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución retardada o defectuosa de la prestación debida, lo que no obsta para que aquí hagamos someras referencias a este tema, en gracia del mejor entendimiento del actual, dada la estrecha conexión entre ellos.

En fin, el tercer aspecto, que también se relaciona directamente con nuestro tema actual, la extinción de las obligaciones, versa sobre la cuestión de equidad que dicha figura suscita, a saber: producida la extinción por imposibilidad de ejecución no imputable al deudor, ¿el detrimento económico que ella envuelve debe sufrirlo el acreedor o el deudor? En esta cuestión estriba la llamada teoría de los riesgos, de especialísima importancia respecto de los contratos sinalagmáticos, en los cuales se da una interdependencia de las obligaciones recíprocas que las partes contraen. En efecto, la mencionada teoría debe resolver, por consiguiente, qué sucede con la prestación debida por una de las partes cuando la otra ya no puede cumplir la suya. Este planteamiento indica que la teoría de los riesgos pertenece al tratado de los actos jurídicos y los contratos, el cual trasciende el ámbito de este curso, destinado al estudio de las obligaciones consideradas independientemente de sus fuentes.

720. El régimen legal.—Nuestro Código Civil dedica el título xix de su libro 4º a la pérdida de la cosa que se debe, ofreciendo en este campo restringido de las obligaciones de dar o de entregar cosas corporales, las soluciones casuísticas al respecto, tomadas de sus modelos. Significa esto que en dicha materia, como en tantas otras, el Código abandona la visión panorámica o institucional, para expresar los principios generales mediante aplicaciones concretas y recortadas de ellos. En efecto, según lo veremos después de comentar las disposiciones legales aludidas, la extinción de las obligaciones por imposibilidad

en su ejecución abarca, por igual, aquellas obligaciones de dar o de entregar cosas y las que tienen por objeto la realización o la abstención de cualesquiera otras prestaciones distintas.

II. La pérdida de la cosa que se debe

721. Concepto de la pérdida.—Dícese en el lenguaje corriente que una cosa pierde, sin referencia a persona, cuando se daña o menoscaba y, especialmente, cuando perece por destrucción. Pero esta voz la toma el Código en una acepción mucho más amplia, tocante ya a la imposibilidad general de ejecutar las obligaciones de dar o de entregar las cosas a que se refieren, o por destrucción, o por exclusión del comercio, o por extravío de estas. El artículo 1729 preceptúa: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvas empero las excepciones de los artículos subsiguientes". De manera que la imposibilidad que el texto legal transcrito contempla como equivalente a la pérdida de la cosa, no es solamente la física o material, sino también la moral, que denomina así el Código cuando trata del objeto ilícito, como lo es el tráfico de las cosas que la ley ha puesto fuera del comercio por razones atinentes al orden público y a las buenas costumbres (arts. 1518 y 1521).

722. Qué cosas se pierden.—El mencionado artículo 1729 habla de cuerpo cierto para atribuirle a la pérdida de esta clase de cosas corporales el efecto que consiste en la extinción de la respectiva obligación; de donde podría inferirse equivocadamente que tal extinción nunca se produciría respecto de las obligaciones que versen sobre cosas de género. El texto legal se informa en un concepto jurídico, no real. En la realidad, todas las cosas pueden perderse, más aún, indefectiblemente todas perecen. Pero en el laboratorio de la construcción jurídica, donde ya se trata de determinar si una obligación se extingue o no por perención o extravío definitivo de una cosa, se distingue si esta es fungible (del latín fungere: funcionar), vale decir, jurídicamente intercambiable por otra, o si no lo es, criterio que preside la clasificación de las obligaciones en obligaciones de género y de especie o cuerpo cierto, respectivamente. En las primeras, las cosas que constituyen su objeto solamente están determinadas por su género y su cantidad, como cien kilos de trigo, lo que permite que el deudor pueda pagar su deuda con cualesquiera cien kilos de trigo de mediana calidad, aunque el trigo que él tuviese destinado para el efecto hubiese perecido en un incendio. De aquí el aforismo los géneros no perecen (genera non pereunt), empleado para significar que, mientras el género debido exista, la obligación del deudor no se extingue por imposibilidad de ejecución. Por el contrario, si la obligación es de especie o cuerpo cierto, la cosa está singularizada en forma tal que ya no es fungible con otra del mismo género, como el caballo Sultán que, al constituir objeto de una obligación de dar o de entregar, tiene que ser la precisa materia del pago: ni el deudor puede obligar al acreedor a recibir otro

caballo distinto, ni el acreedor puede exigirle a aquel otro caballo que no sea Sultán. Entonces, si este se pierde, la obligación de cuerpo cierto sí se extingue por imposibilidad de ejecución.

Pero según ya lo explicamos al tratar de la comentada clasificación de las obligaciones, la regla genera non pereunt no es absoluta, pues si las partes han determinado el objeto mediante la fijación de un género limitado (genus limitatus vel proximissimus), como cien kilos de trigo que el deudor tiene en su granero, la pérdida de todo este género también extingue la obligación, al igual que si fuese de cuerpo cierto.

Además, como el artículo 1729 equipara la incomerciabilidad de las cosas a su pérdida material, resulta que cuando ellas son de género, como las drogas alucinógenas, su exclusión del tráfico jurídico también conduce a la extinción de la respectiva obligación por imposibilidad de ejecución.

723. Efectos de la pérdida de la cosa.—Para determinarlos, deben distinguirse dos hipótesis en que se sitúan todas las reglas consignadas en el comentado título del código y que, según se verá, son meras aplicaciones de las normas generales que gobiernan la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, salvas algunas reglas que sí son especiales; tales hipótesis son: la pérdida no es imputable al deudor, o sí lo es.

724. a) La pérdida no es imputable al deudor.—1º) El artículo 1729 preceptúa: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece..., se extingue la obligación...". No pudiéndose dar o entregar precisamente la cosa que ya no existe o que la ley ha puesto fuera del comercio, hay imposibilidad de cumplir física o moral, respectivamente, y entonces la obligación se extingue por ineludible aplicación de la máxima ad impossibilium nulla obligatio est (no puede haber obligación a lo imposible).

2º) El deudor, en principio, no responde por el caso fortuito, pero si lo alega debe probarlo (art. 1604); tampoco responde de la pérdida fortuita de la cosa, pero tiene que probar tal circunstancia (art. 1733).

3º) El hecho o culpa de un tercero que no depende ni es mandatario del deudor, se asimila al caso fortuito; el deudor queda a salvo por la pérdida de la cosa, causada por personas de quienes no sea responsable (art. 1738). Pero, en este caso, el acreedor puede exigir que el deudor le ceda las acciones que tenga contra las personas responsables (art. 1736).

4º) La culpa exclusiva del acreedor (mora creditoria) también exonera al deudor de responsabilidad; la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de este en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo (arts. 1605, 1739 y 1883).

725. b) La pérdida es imputable al deudor.—1º) Aunque el cuerpo cierto (o el género limitado, en su caso) perezca por dolo o culpa del deudor, la con-

clusión del artículo 1729 es invariable: la obligación se extingue; su cumplimiento se hace imposible, lo que necesariamente da lugar a la aplicación de la ya citada máxima ad impossibilium nulla obligatio est. Es, por tanto, inexacta la afirmación que, en contradicción con el efecto invariable señalado por el artículo 1729, contiene el artículo 1731: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor" (se subraya). No; la obligación no subsiste, ya nunca podrá ser cumplida. Ocurre que la culpa del deudor, causante de los perjuicios que sufre el acreedor, le impone a aquel una obligación nueva y distinta: la indemnizatoria que, de ordinario, tiene por objeto una suma de dinero representativa de una satisfacción por equivalencia del crédito frustrado. Dícese que esto no es así, porque, de admitirse, se estaría en presencia de una novación que extinguiría las garantías de la obligación novada[119]. El argumento prueba mucho y no prueba nada. En la novación puede darse la reserva de las garantías por la voluntad de los contratantes; luego, con mayor razón, la ley puede hacer esta reserva para la obligación indemnizatoria que reemplaza la obligación principal incumplida, y esto para la mejor protección del derecho del acreedor, aun en detrimento de los terceros garantes de la buena fe y diligencia del deudor.

2º) Las obligaciones de dar o de entregar cuerpo cierto (y también las de igual clase que versen sobre cosas de género limitado), implican la de conservar dichas cosas hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor (art. 1605). Pero, según los principios generales, para que esta sanción sea aplicable al deudor es necesario que este quebrante los dictados de la buena fe y de la diligencia que rigen su conducta (arts. 1603 y 1604); se presume que el incumplimiento de la obligación es culposo (art. 1604), presunción que es desvirtuable por el deudor, mediante la prueba de la diligencia debida o del caso fortuito exonerante de responsabilidad (ibídem). Aplicada esta preceptiva general a la pérdida de la cosa debida, el deudor solo responde de esta cuando ocurre por su hecho o culpa, lo que se presume cuando la cosa perece en su poder (art. 1730); pero esta presunción es legal y, por tanto, desvirtuable acreditando el deudor la prestación de la diligencia debida o el caso fortuito que alega (arts. 1604 y 1733).

3º) La indemnización de perjuicios se causa desde el momento en que el deudor queda constituido en mora, si la obligación es positiva (art. 1615), porque, al darse la mora, debe tenerse en cuenta la presunción de culpa en el retardo, la cual, lógicamente, debe ser desvirtuada por el deudor, probando, por ejemplo —si alega un caso fortuito—, que este es anterior a la mora, ya que el posterior no destruye la situación creada por esta (art. 1604). Pero, en cuanto a la pérdida de la cosa debida, estas normas rectoras sufren modificaciones: el caso fortuito posterior, siendo de aquellos que hubieran dañado la cosa, aun si hubiese sido entregada al acreedor, atenúa la responsabilidad del deudor, reduciéndola a la indemnización moratoria o por el retardo, esto es, excluyendo de

[119] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. III, núm. 726, págs. 432 y ss.

dicha indemnización el precio de la cosa (indemnización compensatoria), que sí se debería en el caso contrario, es decir, cuando el caso fortuito no hubiera dañado la cosa, de haber sido oportunamente entregada al acreedor (arts. 1604 y 1731). Sin embargo, el caso fortuito y la circunstancia de que este también habría hecho perecer la cosa en poder del acreedor, deben ser probados por el deudor, lo que de por sí es bastante difícil (art. 1733).

4º) Si, en principio y según quedó visto en el apartado anterior, el caso fortuito no compromete la responsabilidad del deudor, sí hay lugar a esta cuando dicho deudor ha asumido expresamente todo caso fortuito o el alegado por él (arts. 1604 y 1732).

5º) Conforme al artículo 1738: "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". Es esta una aplicación de la regla según la cual el hecho o culpa del tercero solamente constituye caso fortuito exonerante cuando el tercero es extraño al deudor, no así cuando es su dependiente o comisionado.

6º) El artículo 1735 no le permite al deudor que ha hurtado o robado una cosa que se pierde en su poder exonerarse de responsabilidad, alegando un caso fortuito, aun de aquellos que la hubieran destruido en poder del acreedor.

7º) Finalmente, el artículo 1737 del Código Civil atenúa la responsabilidad del deudor cuando la cosa perece por un hecho voluntario suyo, si este ignoraba la obligación. En esta coyuntura la indemnización se reduce al precio de la cosa.

726. El extravío de la cosa.—El artículo 1729, que implica una definición de la pérdida de las cosas, incluye en esta la desaparición o extravío de ellas, con el efecto extintivo de la respectiva obligación. Pero, como es obvio, para que este efecto se produzca dicha desaparición debe ser definitiva, ya que carecería de sentido jurídico declarar extinguida la obligación al tratarse de un extravío temporal. Por ello, es superflua la aclaración que hace el artículo 1734 al decir que "si reaparece la cosa perdida, cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio".

III. La generalización de la teoría

727. Exposición.—Cuando estudiamos el caso fortuito, como motivo de exoneración del deudor por la inejecución de la prestación que se debe, o por su ejecución tardía o defectuosa, advertimos que la máxima ad impossibilium nulla obligatio est tiene un alcance tan general, que no solamente preside la extinción de las obligaciones, sino también su nacimiento. Allí mencionamos que la imposibilidad del objeto de un acto jurídico, que puede ser una obligación cuya prestación sea contraria a las leyes de la naturaleza física, o a las normas legales imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres, condena dichos actos a la ineficacia (art. 1518), bien sea porque el vínculo no puede formarse sobre un objeto físicamente imposible, como la entrega de un ser mítico,

o de una cosa que ya había perecido, o como tocar el cielo con la mano, o bien porque la ilicitud de tal objeto (es decir, su imposibilidad moral, como cuando se estipula la comisión de un delito) apareja la nulidad absoluta de ese pacto. De la propia manera —agregamos entonces—, si después de nacida una obligación válida, su cumplimiento se hace imposible como consecuencia de un hecho extraño, imprevisto y que supera la buena intención y la diligencia del deudor, dicha obligación se extingue, quedando este último liberado de responsabilidad frente al acreedor, quien así corre el riesgo del caso fortuito.

Pero es más: las antedichas precisiones, que, más que a declarar el fenómeno de la extinción de las obligaciones, se enderezaban a advertir primordialmente el efecto exonerante de la responsabilidad del deudor por la interposición del caso fortuito en el cumplimiento de su obligación, y, tangencialmente, la solución del sistema positivo colombiano respecto de atribuirle al acreedor el riesgo inherente en tal situación, son precisiones de validez general, en cuanto miran ya concretamente a la extinción de todo vínculo obligatorio, cuando la prestación que constituye su objeto deviene imposible física o moralmente. Así, desde este punto de vista, ya no cuenta que la imposibilidad de ejecutar la prestación provenga del hecho o culpa del deudor, o que sea la resultante de un caso fortuito; ya no se trata de valorar la responsabilidad del deudor, sino simplemente de averiguar si la prestación puede ser ejecutada o no conforme es debida; si la respuesta es positiva, el deudor debe cumplirla en naturaleza; si es negativa, la obligación está extinguida, sustitúyala o no otra obligación indemnizatoria a cargo de dicho deudor, porque a lo imposible nadie puede ser obligado (ad impossibilium nemo tenetur).

En segundo término, la extinción de las obligaciones por la imposibilidad de ejecución no se reduce, como indebidamente la restringe el Código, a las que tienen por objeto la dación o la entrega de cosas corporales determinadas inconfundiblemente como cuerpos ciertos. Así, ya vimos que no es insólito que esa imposibilidad y su efecto extintivo también puedan proclamarse de cosas que forman parte de un género limitado, como cuando se ha quemado todo el trigo que el deudor tenía en su granero y se ha estipulado precisamente que de dicho trigo debían tomarse los cien kilos por entregar al acreedor.

Todavía más, en este mismo terreno de las obligaciones de dar o entregar cosas, el concepto real de la imposibilidad rebasa su valoración jurídica. Por consiguiente, el aforismo de que los géneros no perecen, genera non pereunt (postulado para excluir la extinción de las obligaciones cuyo objeto no está individualizado como un cuerpo cierto, por cuanto el deudor puede cumplirlas dando o entregando otras cosas del mismo género y de mediana calidad, aunque tenga que adquirirlas para el efecto), es un aforismo que pierde su virtualidad jurídica si se lo enfrenta a la realidad. En efecto, y esto se encuentra ya registrado por la historia, es posible que todo un género perezca, tal como ha sucedido a numerosas especies zoológicas. Entonces, no está fuera de las leyes de la naturaleza el que cualquier obligación no pueda nacer o se extinga por la perención de todo el género a que su objeto pertenece. Y tratándose de la pérdida de las

cosas por la declaración de ilicitud en su tráfico, bien puede ocurrir lo mismo: las respectivas obligaciones se extinguen por la incomerciabilidad de su objeto, que obsta la ejecución de aquellas. Por ejemplo, si se prohíbe categóricamente la negociación de una planta nociva para la salud humana, como la funesta marihuana, cualquier obligación ya contraída de darla o entregarla se extingue, no porque tal género de planta haya dejado de existir, sino porque ha perecido para el tráfico comercial.

Sobre este mismo particular agregamos que si lo anteriormente dicho resulta verdadero respecto de las obligaciones de dar o de entregar cosas corporales, también es verdadero en cuanto a obligaciones de otra clase, esto es, de las obligaciones que versan sobre la realización o la abstención de cualquier hecho distinto: para cualquier persona es imposible ejecutar un hecho contrario a la naturaleza o prohibido por la ley, como la comisión del que está erigido en delito, ni puede dejar de ejecutar el que está impuesto por la naturaleza, como alimentarse, o por la ley civil, como permitir el desagüe natural de una heredad ajena. En suma: la extinción de cualquier clase de obligación se impone siempre que sobrevenga la imposibilidad física o moral de ejecutarla y cualquiera que sea el motivo causante de esta imposibilidad. Por esto, la obligación de dar el caballo Sultán se extingue cuando este muere, y para el efecto no importa que haya perecido porque el deudor culposamente lo haya dejado de alimentar o que lo haya matado un rayo. El hecho inexorable es que nadie puede entregar vivo un caballo muerto y que un hecho igualmente inexorable hace imposible cualquier clase de prestación.

Por último, conviene precisar que la imposibilidad que determina la extinción de las obligaciones debe ser permanente y no meramente transitoria, porque mientras exista la posibilidad de ejecutar la prestación debida, aunque esta ejecución esté postergada por la interposición de un obstáculo que no sea inallanable, la obligación subsiste y debe ser cumplida cuando desaparezca tal obstáculo. Aplicación de lo expuesto nos la ofrece el Código Civil que, a vuelta de asimilar a la pérdida de las cosas por destrucción del extravío de ellas (art. 1729), preceptúa que si reaparece la cosa perdida, cuya existencia se ignoraba, el acreedor podrá reclamarla. Además, la imposibilidad de que se trata ha de ser absoluta, insuperable para cualquier persona (erga omnes) y no simplemente relativa, como cuando el deudor puede cumplir su obligación con esfuerzo mayor que el que había previsto al contraerla.

Título XI

LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

I. Generalidades

728. Concepto general de la prescripción.—En el léxico jurídico, y así en nuestro Código Civil, la voz prescripción es anfibológica. Unas veces denota

el modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, como el usufructo, el de uso o habitación, las servidumbres, sobre cosa ajena, caso en el cual es sinónima de usucapión. Otras veces significa el modo de extinguir los derechos patrimoniales en general, como los mencionados derechos reales y los derechos crediticios u obligaciones, y también la caducidad de ciertas acciones que no tienen por objeto la efectividad de un específico derecho patrimonial propiamente dicho, como las acciones de nulidad, rescisión, revocación y resolución de los actos y contratos, acepción esta que, por el efecto extintivo a que mira, se denomina prescripción extintiva. Dentro de esta última acepción, la prescripción extintiva se dice liberatoria, para concretar el concepto a la extinción de las obligaciones o, mejor aún, del crédito que constituye el aspecto activo de estas, produciendo la liberación del deudor.

729. Las acepciones y el tratamiento legal.—Define el artículo 2512 del Código Civil: "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo [sic], y concurriendo los demás requisitos legales.

"Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción".

Definida así la prescripción en forma omnicomprensiva, el Código la trata en el título XLI del libro 4º, incluyendo todas las especies de ella en los modos de extinguir las obligaciones.

Este tratamiento constituye un manifiesto error metodológico, motivo de no pocas confusiones doctrinarias. Si el Código destinó su libro 2º al tratado de los derechos reales, bajo el epígrafe poco afortunado "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce", ha debido ocuparse allí de la prescripción adquisitiva o usucapión de los derechos reales en cosa ajena y de la extinción de estos. Y, habiendo dedicado el libro 4º a las obligaciones y sus fuentes en general, con el rótulo también impropio "De las obligaciones en general y de los contratos", el título XLI de este libro ha debido limitarse a la prescripción extintiva de las obligaciones o prescripción liberatoria, estableciendo también la distinción entre esta y la prescripción de las acciones que no tienden a la efectividad de un derecho patrimonial, sino a otros objetivos, v. gr., las ya mencionadas acciones de nulidad, rescisión, revocación y resolución de los actos y contratos.

730. Naturaleza jurídica de la prescripción.—En el derecho romano, la prescripción (praescriptio) fue una institución de origen y naturaleza procesal. No se la concibió como un modo de adquisición o de extinción de los derechos patrimoniales, sino como un motivo de extinción de las acciones judiciales por su prolongada falta de ejercicio. Así, la usucapión, más que un modo de adquirir el dominio por la posesión de la cosa ajena, implicaba la preclusión de la acción reivindicatoria del dueño por no haberla ejercido durante el término fijado

para el efecto por el derecho pretorio; y de la misma manera, la prescripción liberatoria del deudor, más que un modo de extinguir el vínculo obligatorio, era una causal de caducidad de la acción ejecutiva del acreedor por no haberla ejercido durante el lapso prefijado para hacerlo. Con otras palabras: ni el usucapiente se hacía dominus ni el deudor dejaba de ser tal, frente al derecho escrito, sino que aquel se perpetuaba en la posesión de la cosa y este quedaba libre de la persecución por su acreedor, porque el verdadero dueño o este acreedor, en su caso, quedaban desprovistos de las acciones o medios para hacer valer sus derechos.

Esta concepción procesalista de la prescripción, explicable en el derecho romano, en el cual los magistrados se vieron en la necesidad de apelar a medios desviados, generalmente al juego con acciones y excepciones judiciales, para atenuar los rigores del ius civile o para atender a situaciones creadas por la evolución social, no es de recibo en el derecho moderno, en el que sí se puede declarar la realidad sin ambages, como lo hace nuestro Código en el artículo 2512 ya transcrito: la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales sobre cosa ajena, y la prescripción extintiva es un modo de extinguir los derechos patrimoniales reales y crediticios, así como también ciertas acciones, como las de nulidad, rescisión, revocación, resolución de los actos jurídicos, etc.[120].

731. Justificación y utilidad de la prescripción.—El fundamento filosófico-jurídico de la prescripción se halla en el principio de que todo derecho que al individuo se le reconoce u otorga, se encamina a la satisfacción de una necesidad suya. Así, los derechos reales, cuyo prototipo es el dominio, procuran la utilización exclusiva de los bienes del mundo físico, y los derechos crediticios aseguran la prestación de servicios entre los asociados. Entonces, si el titular de un derecho real deja de utilizar la cosa que se le atribuye, tolerando por largo tiempo que otra persona la posea como señor y dueño, es de presumir que aquel no la necesita y, además, conviene al interés general consolidar la situación aparente del usuario. A esta solución se llega con la prescripción adquisitiva o usucapión que, al declarar al poseedor como adquirente, regulariza su situación y extingue, de contera, no solamente la acción reivindicatoria del antiguo dueño desinteresado, sino el mismo derecho de dominio que este tuviera sobre la cosa usucapida por otro[121].

En el mismo orden de ideas: si el acreedor en cuyo favor se le impone al deudor la necesidad de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer algo,

[120] Colin y Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. iii, núm. 357, págs. 339 y 340; en contra, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, ob. cit., t. iii, núm. 729, pág. 436.

[121] La usucapión no es un título traslaticio del dominio, como la compraventa, ni un modo de la misma índole, como la tradición. Es un modo constitutivo que obra por ministerio de la ley (art. 765). El usucapiente no es un sucesor del antiguo dueño, sino que su derecho nace al consumarse este modo de adquirir, lo que significa que el dominio anterior queda extinguido.

deja de exigirla por largo tiempo, es de presumir que el servicio que se le debe no le interesa y, entonces, su derecho pierde la razón de ser. Además, son contrarias al interés general y a la normal libertad individual las obligaciones que perduran irredentas durante largo tiempo, por lo cual interviene la prescripción liberatoria que destruye el vínculo obligatorio, es decir, que extingue, no solamente las acciones del acreedor, sino el derecho mismo subordinante del deudor.

732. Precisión de nuestro tema.—Las anteriores consideraciones generales nos permiten determinar el tema en que debemos ocuparnos en esta parte del curso destinada a examinar la extinción de las obligaciones, tema que no es otro que el de la prescripción liberatoria propiamente dicha, esto es, de la que aniquila los derechos crediticios, aspecto activo del vínculo obligatorio, por la inacción del acreedor durante el tiempo que la ley fija para que su titular los haga valer.

II. Requisitos de la prescripción liberatoria

733. Enumeración.—Conforme a los establecimientos legales, los aludidos requisitos son tres: a) la prescriptibilidad del crédito; b) la inacción del acreedor, y c) el trascurso de cierto tiempo.

734. a) La prescriptibilidad del crédito.—Si bien en el campo de los derechos extrapatrimoniales prevalece la consideración moral y social que los hace imprescriptibles, en el de los derechos patrimoniales la regla es la inversa: el prolongado desuso de estos por sus titulares conduce a su extinción. Por ejemplo, toda persona tiene derecho a que se le declare su estado civil, es decir, su situación frente a la familia[122]. De ahí que nuestro Código aplique la mencionada regla al declarar: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce" (art. 406). Solo por excepción y porque ya se trata de situaciones jurídicas cuya realidad la ley presume y cuya inestabilidad compromete la paz familiar, el derecho o facultad para impugnarlas precluye en corto tiempo. Así, la ley presume la paternidad legítima respecto del hijo nacido después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio (art. 214); el padre puede impugnar esa presunción, pero para ello se le señala un término perentorio: el de los sesenta días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del parto (art. 217). Aquí, el interés público vinculado a la organización, estabilidad y tranquilidad de la familia, se sobrepone al interés del padre por impugnar una paternidad que no le corresponde y, por tanto, la

[122] A esta situación ha quedado reducido el concepto del estado civil en el derecho actual. Cas., 4 de septiembre de 1970, "G. J.", t. CXXXV, pág. 124.

facultad que se le reconoce para hacerlo se extingue en breve lapso, que se mira como suficiente para el efecto.

Por el contrario, en orden a los derechos patrimoniales, instituidos para asegurar la satisfacción de las necesidades económicas de los asociados, mediante la apropiación de la riqueza y el intercambio de los servicios, las precedentes reglas se invierten; en principio, tales derechos se extinguen por prescripción: si son derechos reales, porque otra persona adquiere por usucapión la cosa de que se trata; y, si son crediticios, por no haberse exigido la deuda durante cierto tiempo. El artículo 2512, que, al definir la prescripción, se refiere indudablemente a los derechos patrimoniales, cobija, por igual, los reales y los crediticios. Sin embargo, encontramos muy contadas excepciones a esta regla general, cuales son, v. gr., la del derecho del comunero a obtener la división de los bienes comunes (art. 1374); la del propietario de un predio para obligar a los dueños de los predios colindantes a contribuir al deslinde, demarcación y cerramiento de tales predios y a la conservación del cerramiento común (arts. 900 y 904); la del derecho de obtener la constitución de servidumbre de tránsito (art. 905), etc. Estos derechos no prescriben.

Por cuanto estas excepciones se refieren a bienes, es antigua y generalizada la explicación de ellas por la perpetuidad atribuida al derecho de dominio desde los tiempos de Roma[123]. Sea de ello lo que fuere, en lo que a nuestro tema concierne, nos basta con registrar que, vistos tales derechos por su aspecto pasivo, el del deber del condueño de participar en la división, o del vecino de contribuir al deslinde, amojonamiento y cerramiento de los predios, tales casos contemplan obligaciones propter rem y configuran excepciones a la prescripción liberatoria.

En suma: las obligaciones o, mejor aún, los derechos crediticios que estas implican, están sujetos a la extinción por prescripción, salvas las expresas excepciones legales.

735. b) La inacción del acreedor.—Al estudiar la justificación de la prescripción dijimos que la razón de ser de las obligaciones no se compadece con la sujeción indefinida del deudor a un acreedor, cuya inactividad prolongada demuestra que no necesita ni tiene interés en el servicio o prestación debida, y que el orden social repugna esta situación anormal y contraria a la libertad

[123] La concepción romana del dominio absoluto y perpetuo ya está desechada. El pensamiento jurídico actual tiende a unificarse en la idea de que todo derecho se otorga al individuo para la satisfacción de sus necesidades y que, por tanto, este debe utilizarlo con dicha finalidad y sin perjuicio del derecho ajeno y del interés social. El dominio no escapa a esta orientación del pensamiento filosófico y jurídico. Por el contrario, en tal derecho se ha concentrado especialmente la atención doctrinaria para declarar que el otrora derecho absoluto y perpetuo no autoriza su abuso ni su falta de utilización, los cuales serían contrarios a su función social. Así, se considera inmoral y abusivo el que la propiedad se ejerza en injusto perjuicio ajeno, como también que el dueño deje de utilizarla adecuadamente, lo que sí era lícito en la concepción romana del ius abutendi, con detrimento de la economía social.

individual, la que puede comprometerse por disposición de la ley o por la voluntad del deudor, mas no hasta el punto de tornarse en irredimible.

Pero si el motivo justificativo de la prescripción liberatoria se hace consistir en la inercia del acreedor, en su negligencia para exigir la satisfacción de su derecho, es claro que tal fundamento deja de presentarse cuando la inactividad del acreedor es forzada, por estar imposibilitado para actuar, como cuando la obligación de que se trata es a plazo suspensivo o pende de una condición de la misma índole, pues estas modalidades determinan que la obligación no sea exigible, mientras no se cumplen. En suma: la solución acertada de la cuestión propuesta es la que han adoptado la doctrina y la jurisprudencia francesas en el sentido de declarar que la prescripción no puede correr contra el acreedor imposibilitado para actuar, solución que, además, no es nueva, porque ya los antiguos habían sentado la máxima de que la prescripción no corre contra quien no puede valerse (contra non valentem agere praescriptio non currit)[124].

736. c) El transcurso de cierto tiempo.—Así como la tolerancia del dueño de una cosa en que otra persona la utilice como si fuera suya, por sí sola no justifica la usucapión, sino que además es necesario que esa tolerancia se prolongue por un lapso más o menos largo, en forma que haga presumir que el propietario abandonó su derecho, y la posesión del usuario, por el mismo motivo, dé pie para que se le repute como verdadero dueño, la no exigencia de la satisfacción del crédito tampoco libera al deudor, mientras la inacción del acreedor no haga presumir el abandono del derecho o que la deuda le ha sido pagada.

Para estos efectos, la ley señala precisos términos dentro de los cuales el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación, so pena de que su crédito se extinga. Como se verá seguidamente, estos términos varían.

737. 1) La prescripción de largo tiempo.—El artículo 2536 del Código, que, según se advierte, contempla la prescripción liberatoria, preceptúa: "La acción ejecutiva se prescribe por cinco años, y la ordinaria por diez.

"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco" (ley 791 de 2002).

Este texto legal refleja la imprecisión de que ha adolecido la doctrina en materia tan fundamental como es la determinación de si dicho modo solo afecta las acciones judiciales, conforme sucedía en Roma, o si su efecto extintivo ataca en forma directa el derecho y, consecuentemente sus acciones tutelares, como debe entenderse hoy con mejor adecuación al derecho moderno, en el cual los medios procesales están subordinados a los derechos sustanciales, y no a la inversa. Si al cabo de los cinco primeros años el crédito subsiste, pero el acreedor ya no puede exigirlo por la vía procesal ejecutiva, la figura no es

[124] Colin y Capitant, ob. cit., t. II, núm. 366, pág. 350.

ya de prescripción liberatoria, que, como su nombre lo indica, libera al deudor del vínculo que lo ata al acreedor, sino de caducidad de la acción ejecutiva, que es una figura distinta de la prescripción, actualmente en proceso de formación, para explicar aquellos casos de preclusión de la oportunidad de realizar el acto, sin que esto implique la extinción de un derecho[125]. Pero si transcurren los cinco años subsiguientes a los cinco primeros, entonces sí prescribe el crédito, se extingue civilmente y el acreedor ya no puede exigirlo, ni siquiera mediante el ejercicio de esa acción decenaria que el Código denomina acción ordinaria y que se ventila en proceso plenario, de amplio debate de la cuestión sub lite. Luego, lo exacto no es que la acción ejecutiva se convierta en ordinaria, sino que precluye, ya no puede ser usada, pero el crédito subsiste amparado por esta otra acción ordinaria hasta que, cumplidos los diez años, dicho crédito se extingue civilmente, y entonces se convierte, este sí, en un crédito natural (art. 1527, ord. 2º).

Después de la prescripción treintenaria, establecida por el emperador Teodosio II y acogida por JUSTINIANO, la doctrina, especialmente a partir del siglo XVII, se viene pronunciando por el acortamiento de los términos a lo indispensable para que los derechos puedan hacerse valer en un tiempo razonable, cuya prolongación se juzga contraria a las finalidades normalizadoras de las situaciones sociales en que tiene efecto la prescripción.

Dentro de esta tónica, algunas legislaciones han reducido la prescripción de largo tiempo. Así, el legislador chileno, con parsimonia, en nuestro sentir, redujo el término de la caducidad de la acción ejecutiva de 10 años a 5, y el de la prescripción ordinaria de 20 a 10 años. Y realmente, en esta época de formidable expansión de los negocios y de supresión de las distancias, se resienten de manifiesto arcaísmo esas prescripciones que patrocinan el abandono de los derechos patrimoniales por cerca de un cuarto de siglo o más. Como se ve, la ley 791 de 2002 tiene la virtud de ponernos a tono con el concierto de las legislaciones modernas en esta materia.

738. 2) LAS PRESCRIPCIONES DE CORTO TÉRMINO.—Según quedó dicho, la tendencia a acortar los plazos de la prescripción, especialmente de la liberatoria o extintiva de las obligaciones, no es de reciente data. Por ello nuestro Código Civil, a imitación de su modelo francés, al lado de las desmesuradas prescripciones de largo tiempo, estableció tímidamente las prescripciones de corto término, respecto de las cuales se adoptó un criterio que debería ser general: la presunción de pago de las deudas que se han dejado de exigir durante el lapso legal.

Conforme al texto del artículo 2542, "prescriben en tres años los gastos judiciales enumerados en el título VII, libro I del Código Judicial de la Unión[126],

[125] ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., t. III, núm. 741, pág. 443.

[126] Correspondiente hoy al título XIX, libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

inclusos los honorarios de los defensores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general de los que ejercen cualquiera profesión liberal", y agrega el artículo 2543: "Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

"La de los dependientes y criados por sus salarios[127].

"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.".

Según explican los autores, los textos transcritos contemplan casos de obligaciones que se suelen pagar inmediatamente se ha prestado el servicio que da lugar a ellas, por lo cual, transcurridos los términos legales, se presumen efectivamente pagadas. Reiteramos que, en nuestro sentir, en esta era de intenso y rápido tráfico, por lo que este debería ser el criterio general para cualquier prescripción liberatoria[128].

739. Punto de partida de la prescripción.—El término de la prescripción liberatoria comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, y no antes (art. 2535, inc. 2º). Por tanto, si la obligación es pura y simple, comienza a prescribir desde que se dan los hechos constitutivos de su fuente, por ejemplo, la celebración del contrato; si es a plazo, desde el vencimiento de este, porque esta modalidad difiere hasta entonces el cumplimiento de la obligación; y si es condicional, hasta el advenimiento de la condición, pues esta otra modalidad paraliza el nacimiento mismo de la obligación y, por ende, su exigibilidad.

740. Convenciones sobre el término de la prescripción.—Ya desde Roma la prescripción, en todas sus especies, se ha considerado como de orden público, en cuanto ella consulta el interés general al evitar la perduración injustificada de las situaciones que, por jurídicamente irregulares, dan lugar a difíciles litigios y a la irredención de las obligaciones. De ahí que su renuncia, antes de cumplirse, está prohibida por la ley (art. 2514). De no ser así, se frustrarían los fines de la institución, ya que, especialmente en materia de la prescripción liberatoria, la renuncia de ella por el deudor se convertiría en la cláusula más socorrida de los contratos. Pero esta no es la única cuestión que en este aspecto plantea el interés general. También se ha averiguado si es o no lícita la modificación de los términos señalados por la ley para la prescripción, ora sea

[127] Modificado por el Código Sustantivo del Trabajo, art. 488.

[128] Jorge Ortega Torres, Código Civil, Bogotá, Edit. Temis, 1972, págs. 1122 y ss., trae una relación de las prescripciones de corto término, que comprende tanto la prescripción liberatoria, como la usucapión, la de ciertas acciones impugnatorias de los actos jurídicos, etc.

ampliándolos, ora reduciéndolos. Pues bien, la doctrina inveterada ha distinguido para aprobar la reducción y para condenar la ampliación. Si con dichos términos se trata de evitar la prolongación indefinida de situaciones anormales, que dan lugar a litigios, el acortamiento de aquellos consulta esta finalidad, coadyuva su realización: no vulnerándose, por tanto, el interés general, es lícito este pacto que implica una renuncia al beneficio que el término legal le depara al acreedor. Por el contrario, la ampliación de dichos términos sí le resta virtualidad a la institución, y hasta puede hacerla nugatoria, pues, según quedó insinuado, quedaría al arbitrio del acreedor exigirle al deudor, a manera de condición para concederle el crédito, el señalamiento de un término de prescripción de su deuda que prolongue la irredención de esta más allá de la conveniencia social consultada por la fijación legal de los términos. Si la ley prohíbe la renuncia anticipada de la prescripción sin distinguir entre la renuncia absoluta y la que atañe a las condiciones legales en que ella se produce, es acertada la mencionada solución tradicional, solución que hoy es unánime en la doctrina.

III. La interrupción y la suspensión de la prescripción

741. Concepto.—Si la regla general consiste en que la prescripción liberatoria comience a correr desde que la obligación se ha hecho exigible y que se consume al vencimiento del respectivo término legal, la interrupción y la suspensión de ella exceptúan dicha regla.

A. La interrupción de la prescripción

742. Concepto.—Iniciada la prescripción, puede ocurrir que el término que había comenzado a contarse se pierda y que, por ello, esa prescripción no pueda consumarse, sino que, en su lugar, se inicie una nueva. Dispone el artículo 2539: "La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

"Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

"Se interrumpe civilmente por la demanda judicial...". Se refiere este artículo a las acciones inherentes a los derechos crediticios y a aquellas otras que ya no tutelan un derecho patrimonial, como las de nulidad, rescisión, revocación, resolución de los actos jurídicos, etc.[129]. La interrupción de las acciones reales es tratada por los artículos 2523 y 2524, este último derogado (C. de P. C., art. 698).

[129] Nótese la impropiedad en que incurren los arts. 2512 y 2539, al hablar de acciones ajenas, siendo así que las que prescriben son las propias del acreedor y de los titulares de las demás acciones a que se alude.

De suerte que la interrupción de la prescripción liberatoria, es decir, de la que extingue las obligaciones, puede ser civil o natural, según que el hecho que la produzca provenga del acreedor o del deudor respectivamente[130].

743. a) La interrupción civil.—Si la prescripción liberatoria supone, no solamente la inercia del acreedor en hacer efectiva la satisfacción de su crédito, sino que esta actitud se prolongue durante el término que la ley señala, más allá del cual se considera injustificada la sujeción del deudor, es claro que si, antes del vencimiento de dicho término, el acreedor exige el cumplimiento de la obligación, la prescripción ya no obra; el tiempo hasta entonces transcurrido equivale a un plazo de gracia concedido al deudor y que no produce consecuencia alguna. Tal es el efecto de la llamada interrupción civil de la prescripción.

Sin embargo, para que esta interrupción se produzca no es suficiente que el acreedor abandone su actitud negativa, requiriendo privada o judicialmente al deudor para que cumpla; es necesario que aquel realice un acto específico e insustituible por otro cualquiera: la instauración de una demanda judicial (art. 2539).

Algunos interpretan esta exigencia legal en el sentido de que la demanda de que se trata debe incoar la acción de cumplimiento de la obligación, bien sea que esta haya de tramitarse por la vía ejecutiva, si dicha obligación consta en un título que preste mérito para ello, o bien por la vía ordinaria, si el título no tiene tal carácter o si la acción ejecutiva está ya precluida[131].

Consideramos que esta conclusión no es exacta: la ley requiere la demanda judicial, como medio idóneo para que el acreedor manifieste su voluntad de hacer valer su derecho, pero no califica las pretensiones que dicha demanda debe contener. Por tanto, para que la prescripción se interrumpa es suficiente que el acreedor ejerza cualquiera de las acciones que la ley le otorga para el caso de incumplimiento del deudor: la acción de cumplimiento, ejecutiva u ordinaria, la acción de indemnización de perjuicios o la acción resolutoria del contrato.

Se ha discutido también si el requisito que se examina se cumple con cualquier demanda, v. gr., con la propuesta ante un juez incompetente, o por un incapaz, o con una querella penal. La doctrina y la jurisprudencia chilenas se han pronunciado por la afirmativa: "Basta con que haya manifestación de voluntad que se traduzca en demanda judicial" [132].

La discusión de estos aspectos y de otros aledaños, como el de que si la interrupción civil se produce por la presentación de la demanda o por la no-

[130] Estas curiosas denominaciones han sido prestadas de la clasificación de las obligaciones en civiles y naturales. La interrupción civil afecta la acción de que están dotadas las obligaciones civiles; la interrupción natural alude al pago voluntario del deudor contra quien no se puede accionar en las obligaciones naturales.

[131] Fernando Vélez, Estudios de derecho civil colombiano, 2ª ed., t. ix, París, Edit. París-América, s. f., núm. 550, pág. 389.

[132] Alessandri y Somarriva, ob. cit., t. iii, núm. 755, pág. 451.

tificación de esta al demandado, ha sido dilucidada con acierto por el actual Código de Procedimiento Civil.

Por el momento, este es el principio que hay que sentar: que la interrupción civil de la prescripción se produce cuando el acreedor instaura demanda judicial contra el deudor. Solo que esta demanda pierde su virtualidad por ciertos hechos posteriores que suprimen retroactivamente su efecto interruptor, según lo veremos en seguida.

744. La ineficacia de la interrupción civil.—El inciso 3º del artículo 2539, preceptúa: "Se interrumpe civilmente [la prescripción] por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524". El colon final de este texto quedó suprimido al derogar el Código de Procedimiento Civil el citado artículo 2524 y al reglamentar la materia en forma más adecuada.

El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, estatuye en su novedosa redacción del artículo 10 de la ley 794 de 2003: "Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado ...".

Y agrega el artículo 91 ibídem: "Ineficacia de la interrupción y operancia de la caducidad. No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos:

"1. Cuando el demandante desiste de la demanda.

"2. Cuando el proceso termine por haber prosperado algunas de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99 o con sentencia que absuelva al demandado.

"3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación de auto admisorio de la demanda".

Comentando brevemente los textos transcritos, se tiene:

1) En principio, la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción. Excepcionalmente, este efecto solo se produce con la notificación del auto admisorio de la demanda, cuando el actor ha sido negligente en proveer dicha notificación.

2) Si el demandante desiste de la demanda, es como si esta no hubiese sido presentada, es decir, que la prescripción se considera no interrumpida.

3) Para que se interrumpa la prescripción, el proceso debe terminar con sentencia estimatoria de la demanda, porque si tal sentencia absuelve al deman-

dado, es decir, si desestima las pretensiones del acto, la demanda frustrada se tiene por no presentada y, por tanto, no produce el mencionado efecto[133].

4) En fin, la interrupción de la prescripción también es ineficaz cuando se declara la nulidad del proceso y esta comprende la notificación del auto admisorio de la demanda. Si esta notificación no queda afectada de nulidad, la interrupción de la prescripción se produce, a contrario sensu.

745. b) La interrupción natural.—Conforme al artículo 2539: "Se interrumpe naturalmente [la prescripción] por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente". Tal sucede, por ejemplo, si el deudor de manera explícita confiesa su deuda, o si hace abonos o paga intereses, o si pide o acepta un plazo, o si ofrece o constituye garantías que la deuda no tenía.

746. La interrupción de las prescripciones de corto tiempo.—A ella se refería el artículo 2544, que consagraba dos casos de interrupción: "1º) desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor; 2º) desde que interviene requerimiento". Y disponía que en ambos casos sucedía a la prescripción de corto tiempo la general del artículo 2536. El artículo 11 de la ley 791 de 2002, que subrogó el artículo 2544 del Código Civil, modificó la redacción del primer caso de interrupción de las prescripciones de corto tiempo, así: "Interrúmpese: 1º Desde que el deudor reconoce la obligación expresamente o por conducta concluyente ...", y preceptuó que en ambos casos se volverá a contar el mismo término de prescripción.

Vigente el original artículo 2544 del Código Civil, comentábamos: ofrece, pues, este artículo, reglas especiales y diferentes de las generales propias de la prescripción de largo tiempo: 1ª) En primer lugar, el reconocimiento de la deuda que interrumpe naturalmente la prescripción no puede ser tácito, sino que debe constar en pagaré u obligación escrita. 2ª) En segundo lugar, hay que observar que la concesión de plazo por el acreedor, mencionada en el ordinal 1º transcrito, no puede consistir en un acto simplemente unilateral del acreedor, como el envío de una carta en que conceda dicho plazo, porque esto implicaría la disposición ad libitum por el acreedor de un beneficio que, en su contra, le confiere la ley al deudor. Entonces, para que la concesión del plazo afecte al deudor se necesita que este acepte el plazo, para lo cual ya no se requiere la prueba que rige para el reconocimiento. Sucede, pues, que el Código incurrió aquí en notoria impropiedad, ya que debió mejor decir: desde que el deudor reconoce la obligación por escrito, o acepta la concesión de plazo en igual forma. 3ª) En tercer término, la interrupción civil no solo se produce por la presentación de demanda, sino que basta el requerimiento, que debe sí ser judicial y no simplemente un cobro privado.

[133] Nótese que el vigente art. 91 del C. de P. C. suprimió su alusión a las siguientes inhibitorias.

Se apuntó, así, un éxito la nueva ley, al zanjar las polémicas que suscitó el número 1 del artículo 2544 del Código Civil, reconduciendo el tema al derecho común sobre la interrupción de la prescripción liberatoria; y al conservar intacto el número 2 de dicho artículo, cuya disposición es plenamente justificable en nuestro concepto. Así mismo, nos parece muy razonable la modificación que le introdujo la ley 791 al último inciso del artículo 2544, pues es lógico que interrumpida la prescripción de corto término vuelva a correr el mismo corto término, y no el general y mucho más extenso del artículo 2536.

747. Efectos de la interrupción de la prescripción.—1º) El efecto general y más importante de la interrupción, civil o natural, de la prescripción, es que el tiempo corrido desde que esta se inició, se pierde. Así, salvo los casos en que la interrupción es ineficaz, producido el hecho interruptor, comienza a correr una nueva prescripción.

2º) La interrupción de las prescripciones de largo tiempo no cambia el carácter de la nueva prescripción que comienza a correr. Si la interrupción se produce dentro de los 5 primeros años, la caducidad de la acción ejecutiva comienza a correr por el mismo término, y si se produce dentro de los 5 años subsiguientes a la caducidad de la acción ejecutiva, la prescripción decenaria comienza a correr de nuevo, a menos que la interrupción sea natural y el reconocimiento de la obligación por el deudor se realice en tal forma que preste mérito ejecutivo, caso en el cual la respectiva acción renace y dura los 5 años señalados por su caducidad.

3º) Si la obligación es de sujetos plurales, la interrupción de la prescripción que favorece a uno de los acreedores no beneficia a los demás, ni la que perjudica a uno de los deudores perjudica a los otros. Pero si la obligación es pasivamente solidaria, interrumpida la prescripción respecto de uno de los codeudores, se interrumpe respecto de los demás, y si es activamente solidaria, la interrupción beneficia a todos los coacreedores. Tales son las reglas consagradas por el artículo 2540, al que ya nos habíamos referido al estudiar las obligaciones conjuntas y las solidarias. A lo que debe agregarse que el renovado artículo 2540 extiende esta regla a las obligaciones indivisibles.

4º) Glosando el inciso final del original artículo 2544 del Código Civil, apuntábamos lo siguiente: como el criterio principal que determina el establecimiento de las prescripciones de corto tiempo consiste en la presunción de que las obligaciones a que se refieren han sido prontamente pagadas, conforme es lo usual por la índole de los servicios que las motivan, al interrumpirse esas prescripciones por las causas indicadas en el artículo 2544, tales como el reconocimiento del deudor y la concesión de plazo o el cobro por el acreedor, la mencionada presunción legal queda desvirtuada, lo cual conduce a que las obligaciones de que se trata queden sometidas al derecho común. Entonces, la nueva prescripción que comienza a correr, después de la interrupción, es la

de largo tiempo, que se consuma a los 10 años, fijados por el artículo 2536, que también es aplicable en lo tocante a la caducidad de la acción ejecutiva, en caso de que el reconocimiento de la obligación por el deudor dé lugar a que esta pueda exigirse por el proceso de ejecución. La nueva ley 791, siguiendo la filosofía que adicta su título "por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil", cambió la antigua solución legal, al estatuir que interrumpida la prescripción por cualquiera de los dos casos previstos, se volverá a contar el mismo término de prescripción, y no el de derecho común.

748. Concepto.—Con el propósito de proteger a las personas legalmente incapaces para intervenir en el comercio jurídico, el Código establece la suspensión de las prescripciones que podían correr en su contra, hasta la finalización de la causa determinante de la suspensión, es decir, hasta que la readquieran, si antes la tuvieron. Por tanto, la prescripción se suspende respecto de los menores, los dementes, los sordomudos que no se puedan dar a entender y los disipadores en interdicción judicial, a quienes se contrae hoy la clasificación de las personas legalmente incapaces, después de que a la mujer casada se le reconoció plena capacidad mediante la ley 28 de 1932 (arts. 2530 y 2541).

Esta protección especial a los incapaces resulta exagerada, en cuanto se funda en la presunción, contraria a la generalidad que debe inspirar las regulaciones legales, de que los representantes de dichos incapaces no habrán de proceder con la diligencia debida en la defensa de los derechos de sus representados. De esta suerte, los fines a que apunta la prescripción, que miran al interés social y al interés no despreciable de los deudores, se ven postergados de modo excesivo. Así, por ejemplo, el crédito adquirido por los padres de familia para su hijo de tres años, en el sistema del Código solamente prescribiría 30 años después de la llegada de este a los 18, esto es, a los 45 años, en el sistema de la ley 50 de 1936 a los 35 años y, finalmente en el sistema actual a los 25 años, contra lo cual se precave la misma ley 791 de 2002 al disponer en su artículo 10, modificatorio del inciso 2º del artículo 2541 del Código Civil, que "transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente".

El artículo 2544, contrariando el criterio discutible en el que se inspira la suspensión de la prescripción de largo tiempo, respecto de las de corto tiempo dispone que estas corren contra toda clase de personas y no admiten suspensión. Esta solución se puede explicar diciendo que, como las prescripciones de corto tiempo corresponden a obligaciones que se suelen pagar prontamente una vez prestado el servicio que las causa, es de suponer que los representantes legales de los incapaces las han pagado en su oportunidad. Es decir, que aquí sí aplica la ley un criterio sano, que es el que ha debido inspirar las soluciones generales al respecto.

IV. La renuncia de la prescripción

749. Concepto.—Si el establecimiento de la prescripción no solamente mira a los intereses particulares, sino también al general vinculado en la consolidación o en ponerles fin, según el caso, a dilatadas y difíciles situaciones litigiosas, podría concluirse que, una vez cumplidos los requisitos legales pertinentes, la prescripción debería obrar de pleno derecho, ipso iure, sin que para esto contase en nada la voluntad de los particulares interesados. Sin embargo, esta solución sería exagerada, ya que conduciría a imponerles a estos la adquisición de derechos en contra de su voluntad. Así, el usucapiente se haría propietario a la fuerza y al deudor se le impediría cumplir su deber moral de reconocer el derecho de su acreedor. Estas consideraciones han inducido siempre a los legisladores a adoptar una actitud intermedia que concilie el interés general con la autonomía privada. Esta actitud se refleja en el artículo 2514, complementado por el 2513. El primero de estos textos es del siguiente tenor: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero solo después de cumplida.

"Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos".

Y el artículo 2513 preceptúa: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio".

Estos dos textos merecen comentarios para precisar su alcance y verificar las inexactitudes en que incurren.

750. La renuncia anticipada.—Según el artículo 2514, esta nunca sería factible, lo que es inexacto frente al establecimiento, por el propio Código, de la interrupción provocada por hechos del usucapiente o del deudor, tales como los que el texto legal citado ofrece a manera de ejemplos: que el primero celebre contrato de arrendamiento de la cosa que posee, o que el segundo reconozca su deuda o pida plazos.

De esta suerte, la regla que se refiere a la prohibición de renunciar anticipadamente a la prescripción queda reducida a que, en el momento de comenzar a correr la prescripción o antes de consumada esta, los interesados no pueden renunciarla de modo absoluto, ni ampliar los términos legales de ella. Pero si, en el curso de estos términos, el beneficiario de la prescripción reconoce el dominio ajeno o la deuda, según el caso, claramente renuncia a lo transcurrido de dichos términos y, como la prescripción interrumpida comienza a contarse de nuevo, la realidad es que por la voluntad del beneficiario los referidos términos legales resultan ampliados.

751. La renuncia de la prescripción consumada.—Está expresamente autorizada por el artículo 2514, del que es mera aplicación la norma del artículo 2513.

La prescripción, una vez cumplida, no obra de pleno derecho, imponiéndoles forzosamente a sus beneficiarios un derecho adquirido. Entonces, estos pueden renunciar al beneficio que la ley les otorga, bien sea expresamente, o bien por hechos que la hagan presumir, como en los casos citados como ejemplos: la celebración de contrato de arrendamiento entre el usucapiente y el dueño de la cosa y el reconocimiento de su obligación o la solicitud de plazo por el deudor. A estos ejemplos se suma el contemplado por el artículo 2513: el de que el beneficiario de la prescripción no la alegue en el proceso que le instaure el dueño de la cosa o el acreedor, en su caso.

752. Cuándo debe alegarse la prescripción consumada.—La hipótesis general esboza el artículo 2513, es esta: que el beneficiario sea demandado. En tal caso, como la prescripción no obra ipso iure y, además, se funda en hechos que el juez no tiene por qué conocer, este no puede declararla de oficio, sino a instancia del demandado, quien debe alegarla y probarla.

El Código de Procedimiento Civil señala términos preclusivos o de caducidad para la facultad del demandado para alegar la prescripción, a saber: el que tiene que contestar la demanda en los procesos en que hay lugar a esta contestación (arts. 92, ord. 3º y 306), o dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago en los procesos de ejecución (art. 509). Por tanto, si el demandado no contesta la demanda o si en su respuesta no aduce la excepción de prescripción, o si no la propone en el proceso ejecutivo, ya no podrá hacerlo posteriormente; su oportunidad para ello está precluida, lo que equivale a la renuncia misma a la prescripción.

Cabe preguntar aquí si la prescripción también puede alegarse como acción, una vez cumplida. El Código guarda silencio al respecto, lo que ocasionó una ardorosa controversia, en la cual unos se pronunciaban por la negativa, y otros, con mejores argumentos, lo hacían por la afirmativa. Mirando especialmente a la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio, no hay razón para que el adquirente por este modo no pueda sanear la titulación del bien. A ponerle fin a esta polémica ya rayana en el bizantinismo, ocurrió la ley 120 de 1928, que estableció el proceso de pertenencia por acción del usucapiente, hoy regulado por el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

En lo atinente a la prescripción liberatoria, tampoco vemos motivo para descartar la acción de prescripción extintiva de la deuda, porque nuestro ordenamiento procesal no excluye tal acción. Y desde el punto de vista práctico, la solución afirmativa cobra señalada importancia en cuanto se trate de obtener la restitución de la prenda o la cancelación de la hipoteca, constituidas en garantía de la obligación prescrita, garantías que se extinguen junto con la obligación (art. 2537). A esto proveyó la ley 791 de 2002.

V. Los efectos de la prescripción liberatoria

753. ENUMERACIÓN.—1º) Consumada la prescripción por el lleno de los requisitos legales pertinentes, la obligación o, mejor aún, el crédito respectivo, se extingue civilmente, y también todos aquellos derechos auxiliares inherentes a dicho crédito, como lo son las acciones civiles de cumplimiento, de indemnización de perjuicios, de resolución del contrato no cumplido, las medidas cautelares y las reconstitutivas del patrimonio del deudor, etc. (art. 2538).

2º) La extinción civil de la obligación, si bien la excluye del régimen legal pertinente, liberando al deudor de todos los medios establecidos para la efectividad del derecho del acreedor, no destruye totalmente el vínculo obligatorio, sino que lo traslada a ese limbo de las obligaciones naturales, en que estas viven como deberes morales cuyo cumplimiento respeta y hace irreversible la ley civil (art. 1527, ord. 2º).

3º) La extinción civil del crédito implica la de sus inherencias, como los privilegios de que gozara, y la de sus garantías, como las prendas, hipotecas, fianzas y cláusulas penales, las que obviamente no puede hacer valer el acreedor, porque ello equivaldría a obtener la satisfacción del crédito extinguido. De suerte que, promovida la acción de venta del bien hipotecado o dado en prenda, o las personales de cumplimiento o de la cláusula penal, el deudor o el tercero demandado puede oponer la excepción de prescripción (art. 2537).

4º) La renuncia a la prescripción por el deudor principal no afecta a los terceros garantes, como lo son el fiador y los terceros constituyentes de prenda o hipoteca. El artículo 2516 autoriza al fiador para oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor, regla esta que es aplicable a los otros terceros garantes, ya que el artículo 2537 también declara a estos liberados de las acciones del acreedor.

5º) Si la obligación es de sujetos plurales, la prescripción puede no correr pareja respecto de estos. Tanto en las obligaciones conjuntas como en las solidarias, según ya lo vimos al examinarlas, existe pluralidad de vínculos, que permite que la exigibilidad de ellas no se produzca simultáneamente, como cuando la obligación es pura y simple respecto de uno de los deudores, a plazo respecto de otro y condicional respecto de otro. En tales circunstancias, la prescripción que favorece a un codeudor conjunto o solidario puede no favorecer a otro u otros codeudores. Y lo propio sucede cuando la prescripción se interrumpe o se suspende respecto de un codeudor de obligación conjunta, pues la interrupción o la suspensión no perjudica a los otros codeudores ni la interrupción beneficia sino al acreedor en cuyo favor se produce. Si la obligación es solidaria, según quedó declarado, la interrupción sí favorece a todos los acreedores y perjudica a todos los deudores. No así la suspensión de la prescripción, que solo beneficia al incapaz de cuya protección se trata.

Título XII

LOS MODOS INDIRECTOS

754. Referencia.—Según quedó enunciado al iniciar esta parte consagrada a los modos de extinción de las obligaciones, en ella solamente habríamos de ocuparnos en detalle, como lo hicimos, de los modos directos, entendiendo por tales aquellos que, como su denominación lo indica, se encaminan directamente a la extinción de concretas obligaciones, no así de los modos indirectos, cuyo examen completo y sistemático corresponde al tratado de las fuentes de las obligaciones, en especial a la teoría de los actos jurídicos y de los contratos. Así, el mutuo disenso de los contratos, la revocación unilateral de estos y, en general, de los actos jurídicos, la declaración judicial de nulidad, rescisión, resolución, revocación o simulación de dichos actos, al producir la ineficacia de ellos, dan lugar indirectamente a la extinción de las obligaciones que estos generan. El pacto comisorio, la transacción, que es un contrato que dirime las pretensiones opuestas de las partes, también son modos indirectos.

No obstante el precitado planteamiento, para dar una idea general de la extinción de las obligaciones, conviene ofrecer aquí una somera reseña de los modos indirectos y de su repercusión en nuestro tema.

I. El mutuo disenso

755. Remisión.—Al tratar de la simple convención extintiva, como uno de los modos de extinción de las obligaciones, nos vimos precisados a considerar simultáneamente la convención que se refiere a una sola obligación concreta, modo directo, y el mutuo disenso, que es un modo indirecto por cuanto afecta todo el contrato y, consecuentemente, todas las obligaciones emanadas de este. El motivo de tal proceder consiste, conforme quedó explicado allí, en la circunstancia de que algunos han confundido la simple convención extintiva que es el género, con el mutuo disenso que es una de sus especies, dando así lugar a excluir la convención que solo se encamina a la extinción de una sola obligación, cualquiera que sea su fuente. Lo allí dicho releva de incurrrir aquí en superfluas repeticiones al respecto[134].

II. La revocación unilateral

756. Remisión.—Igualmente, al tratar de la simple convención extintiva, tuvimos oportunidad de observar que si bien es cierto que, en principio, la revocación de un contrato requiere el mutuo disenso de las partes que lo celebraron,

[134] Véanse núms. 476 y ss.

por excepción dicha revocación puede tener lugar por la sola voluntad de una de tales partes, cuando la ley así lo autoriza por tratarse de contrato, como el mandato, la sociedad civil, el arrendamiento de servicios, la confección de obra material, en los cuales es indispensable, para su normal desarrollo, el entendimiento o la confianza recíproca entre los contratantes. Y que lo propio sucede cuando uno o todos ellos se han reservado en el contrato la facultad potestativa de revocarlo unilateralmente.

Entonces, en los precitados casos de excepción la revocación unilateral del contrato constituye un modo indirecto de extinguir las obligaciones producidas por este.

III. La nulidad y la rescisión

757. Concepto.—Todo acto jurídico debe llenar ciertas condiciones indispensables para su existencia y validez, fuera de las cuales dicho acto deviene ineficaz. A tales condiciones se refiere el artículo 1502 del Código Civil, complementado por otros de sus textos.

Así, se itera que son condiciones para la existencia del acto la voluntad del agente, si es un acto unipersonal, o el consentimiento de las partes, si se trata de una convención; la posibilidad física, la determinación del objeto y la forma solemne exigida respecto de ciertos actos. Dándose estas condiciones, el acto jurídico existe y produce sus efectos; faltando ellas, el acto no se perfecciona ni produce efecto alguno.

Pero la existencia de un acto no determina la validez de él y de sus efectos. El acto puede haber surgido a la vida civil, pero afectado de un vicio dirimente que inexorablemente lo condena a muerte o que puede producir esta. Tal sucede cuando fallan las condiciones para su validez, cuya lista es: la capacidad legal de los agentes; la ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo); la observancia de la plenitud de la forma solemne; la licitud del objeto; la realidad y la licitud de la causa, y la ausencia de lesión enorme en los actos en que esta da lugar a su rescisión.

Ya en este terreno de la validez de los actos jurídicos procede la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, que sancionan la falta de las condiciones para dicha validez (art. 1740).

Generan nulidad absoluta: la incapacidad absoluta de alguno de los agentes, es decir, de la que están afectados los dementes, los sordomudos, que no se pueden dar a entender y los impúberes (arts. 1504 y 1741); la ilicitud del objeto o de la causa (arts. 1518, 1524 y 1741); y la inobservancia, no de la totalidad de la forma solemne, que obsta el perfeccionamiento de los actos solemnes, sino de ciertos requisitos sustanciales de dicha forma. Esta nulidad absoluta puede invocarla cualquier interesado o el ministerio público, en interés de la sociedad, y puede ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en

el acto o contrato; y no puede ser saneada por las partes, cuando provenga de objeto o de causa ilícitos (ley 50 de 1936, art. 2º).

Cualquiera otra especie de vicio distinto de los que acabamos de enumerar produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato (art. 1741). Los vicios así aludidos son, pues: la incapacidad relativa a los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial, los vicios del consentimiento (art. 1508), la falsedad de la causa (art. 1524), la inobservancia de las formalidades requeridas, no en consideración a la naturaleza del acto, sino a la calidad o estado de los agentes; y, en fin, la lesión enorme que tiene lugar en la aceptación de una herencia o legado (art. 1291), en las particiones de bienes (art. 1405), en la venta y en la permuta de inmuebles (arts. 1946 y ss. y 1958). La nulidad relativa no puede declararla el juez si no a petición de la parte en cuyo favor se haya establecido, y siempre puede sanearse por la ratificación de las partes o por la prescripción de la acción rescisoria, cuyo término es generalmente de cuatro años (art. 1743).

Ahora bien, la declaración de nulidad absoluta o relativa del acto o contrato, no solamente paraliza la eficacia futura de estos (ex nunc), sino que destruye retroactivamente —desde luego, en cuanto esto sea posible— los efectos ya producidos (ex tunc). Por tanto, dicha declaración conduce a la extinción de las obligaciones generadas por el acto nulo, que es lo que aquí nos interesa relievar.

IV. La resolución judicial y el pacto comisorio

758. a) La resolución judicial.—Entre las causas legales de que habla el artículo 1602 del Código Civil, en virtud de las cuales un contrato legalmente celebrado puede ser privado de su eficacia, está el incumplimiento de una de las partes. En tal caso, el otro contratante que haya cumplido o se haya allanado a cumplir las prestaciones de su cargo, tiene opción para exigir el cumplimiento del contrato o la resolución de este, con indemnización de perjuicios. Tal es lo dispuesto por el artículo 1546, que sienta regla general también aplicada concretamente por otros textos: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Este texto tiene sus orígenes en la doctrina medieval que creó la llamada condición resolutoria tácita, al lado del pacto expreso de resolución de los contratos por tal motivo o pacto comisorio, también denominado entonces condición resolutoria expresa.

Sin adentrarnos en mayores explicaciones, que no son de nuestro resorte, basta advertir aquí que la figura que se analiza es distinta de la verdadera condición resolutoria, modalidad que se refiere, no a los contratos, sino a los derechos, como los crediticios u obligaciones, y que consiste en un hecho fu-

turo e incierto, cuyo cumplimiento produce ipso facto la extinción del derecho modalizado. La comentada condición resolutoria tácita no es tal ni produce el efecto indicado, sino que el incumplimiento del contrato por uno de los contratantes es el presupuesto legal en que se funda la ley para concederle al otro contratante la acción resolutoria que este puede ejercer o no, de lo cual dependerá que el contrato se mantenga con sus efectos propios o que se destruya, en principio, con efecto retroactivo que restituye a las partes a la situación en que estas se encontraban al contratar.

Incurrió en error nuestro Código al incluir el artículo 1546 en el tratado de las obligaciones condicionales y al emplear la antigua e inexacta denominación de condición resolutoria tácita para calificar la que, en verdad, es una acción resolutoria de los contratos. Además, se equivocó al reducir la eficacia de dicha acción a los contratos bilaterales, productivos de obligaciones recíprocas entre las partes, pues esa acción también puede tener cabida en ciertos contratos unilaterales, v. gr., en el comodato o préstamo de uso, cuando el comodatario le da a la cosa destinación diferente de la estipulada (art. 2202).

En todo caso, los comentarios precedentes nos permiten deducir la conclusión que aquí nos interesa. En el supuesto de incumplimiento de un contrato, generalmente de índole bilateral, si el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir ejerce la acción resolutoria y el juez la acoje, el contrato queda privado de sus efectos, y si tales efectos consisten en obligaciones, quedan ellas extinguidas, esto es, que la acción resolutoria prospera y constituye un modo indirecto de extinguir obligaciones.

759. b) El pacto comisorio.—Según se dijo, el pacto comisorio no es otra cosa que la expresa estipulación de resolución del contrato por causa de incumplimiento. Sus orígenes se encuentran en el derecho romano, donde se estableció respecto de la compraventa. De ahí que nuestro Código también lo ubique en el mencionado contrato, y referido concretamente al cumplimiento del pago del precio (arts. 1935 y 1937), pese a que la doctrina, de largo tiempo atrás, ha declarado que también es de recibo respecto del incumplimiento de las obligaciones del vendedor y, lo que es más, respecto de cualquier clase de contrato. No existe razón valedera para sostener que si los contratantes guardan silencio hay lugar a la acción resolutoria otorgada, de manera general por el artículo 1546 para todos los contratos bilaterales; pero que si esa acción se estipula expresamente, solo podría tener validez en la compraventa. Esto sería contrario al postulado de la autonomía que autoriza cualquier acto jurídico lícito.

Con fundamento en el sistema adoptado en la materia por el Código, la doctrina clasifica el pacto comisorio en simple y calificado. Entiéndese por el primero la escueta estipulación por las partes del derecho a pedir la resolución del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna de ellas. El segundo tiene lugar cuando a dicha estipulación se agrega que la

resolución se producirá ipso facto por el mismo motivo (art. 1937). De no haber estado imbuido el Código por las sutilezas de la antigua doctrina en que se inspiró, mejor hubiera sentado una regla general para todos los contratos, conforme a la cual estos podrían ser resueltos en caso de incumplimiento, con o sin estipulación en tal sentido, y al propio tiempo podría haber reglamentado el verdadero pacto comisorio, que es el calificado, para reconocerle a la modalidad ipso facto su verdadero alcance lógico y gramatical, que conduciría a la resolución del contrato sin necesidad de acción judicial y mediante una simple declaración formal del beneficiario del pacto, para la cual bien se podría señalar un término preclusivo o de caducidad, preferiblemente inferior al de cuatro años.

En vez de la solución propuesta, el régimen legal del pacto comisorio calificado consiste en exigir la demanda judicial del contratante que pretenda hacer valer el pacto, en exigir la notificación de ella al demandado, y en concederle a este un plazo de gracia de veinticuatro horas después de dicha notificación, para hacer subsistir el contrato que se dice resuelto ipso facto mediante el pago del precio debido (art. 1937). Si dicho demandado así lo hace, "el juez dictará inmediatamente sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso" (C. de P. C., art. 406).

En todo caso, según se observa, el pacto comisorio también da lugar a una acción resolutoria, como lo es la que la ley confiere a falta de dicho pacto, y que conduce a que, resuelto el contrato, quede privado de eficacia, produciéndose así indirectamente la extinción de las obligaciones que haya generado.

V. La revocación judicial

760. Concepto.—Al tratar del concurso de acreedores y de los derechos auxiliares de ellos, vimos que estos pueden impetrar la revocación judicial de los actos realizados por el deudor que fraudulentamente disminuyan su patrimonio, prenda común de aquellos. De donde se concluye que esta revocación, al hacer tabla rasa del acto fraudulento, también extingue las obligaciones emanadas de este.

VI. La declaración judicial de simulación

761. Concepto.—En todo acto jurídico existen dos elementos: la voluntad de los agentes (elemento interno) y la declaración o exteriorización de esa voluntad (elemento externo). Pero puede ocurrir que un acto, al exteriorizarse, se bifurque en dos declaraciones distintas (teoría monista de la simulación) o, si se quiere, que los agentes celebren dos actos distintos (teoría dualista). Sea de ello lo que fuere, la simulación consiste en que una de las declaraciones del acto único o uno de los dos actos aparente ante terceros un negocio jurídico, al paso que la otra declaración o acto se dirige a restarle toda eficacia entre las

partes a la declaración o acto aparente, o a configurar otro negocio distinto. Si lo primero, es decir, si la declaración o acto oculto hace totalmente ineficaz la declaración o acto aparente, la simulación se dice absoluta. Si lo segundo, la simulación es relativa y entre las partes debe prevalecer la declaración o acto oculto, como cuando una donación se ha disfrazado con el ropaje de la compraventa.

Ahora bien, la simulación en cualquiera de sus dos formas reseñadas debe ser declarada judicialmente, al cabo de un proceso en que se establezca su ocurrencia. Si esta declaración es de simulación absoluta, el acto queda privado de toda eficacia; y si aquella es de simulación relativa, prevalecen los efectos de la declaración o acto oculto y se extinguen los efectos de la declaración o acto aparente incompatibles con aquellos, como la obligación de pagar el precio de la compraventa que encubra una donación.

En consecuencia, por estos caminos la declaración judicial de simulación de los actos jurídicos también se erige en modo indirecto de extinguir obligaciones.

VII. La transacción

762. Concepto.—La define así el artículo 2469: "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales, el elemento característico de la transacción estriba en el abandono recíproco que los contratantes hacen de una parte de sus encontradas pretensiones sobre la exclusividad de un derecho, o en la contraprestación que uno de ellos realiza en favor del otro para que este le reconozca tal derecho[135]. Puede entonces ocurrir que para obtener la finalidad transaccional, una de las partes acreedora de la otra se allane a renunciar a la respectiva obligación, por lo cual el mencionado contrato asume la categoría de modo indirecto de extinción de dicha obligación.

VIII. La perención procesal

763. Derogatoria.—Los artículos en los que nuestro Código de Procedimiento Civil regulaba la institución de la perención procesal, fueron derogados expresamente por el artículo 70 de la ley 794 de 2003. A mí, Eduardo Ospina Acosta, no me disgustaba para nada la institución de la perención procesal. La abolición de la susodicha institución, como en general todas las reformas de fondo que introdujo nuestra última reforma procesal (ley 794 de 2003) tienen un nombre propio. El interés del sector financiero, que fue el que lideró la expedición de la citada ley.

[135] Cas., marzo 3 de 1938, "G. J.", t. XLVI, 120.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: Curso de derecho civil, t. III, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941.

BAUDRY-LACANTINÈRIE: Précis de droit civil, 11ª ed., t. I, núms. 1227 y ss., Paris, Recueil Sirey, 1912.

BONNECASE, JULIEN: Précis de droit civil, 2ª ed., t. II, núms. 29 y ss., Paris, Edit. Librairie Arthur Rousseau, 1939.

CARBONNIER, JEAN: Droit civil, t. IV, Paris, Presses Universitaires de France, 1969.

CARIOTTA, FERRARA: El negocio jurídico, traducido del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, Edit. Aguilar, 1956.

CLARO SOLAR, LUIS: Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. XII, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1939.

COLIN y CAPITANT: Cours élémentaire de droit civil français, 9ª ed., t. I, núms. 98 y ss., Paris, Librairie Dalloz, 1939.

CUQ, E.: Manuel des institutions juridiques des romains, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1928.

DEL VECCHIO, GIORGIO: Filosofía del derecho, 8ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial.

DEMOGUE, RENÉ: Traité des obligations en général, t. VII, núm. 16.

DOMAT: Leyes civiles, parte 5ª, libro 4º, t. II, núm. 2.

GIORGI: Teoría de las obligaciones, t. VII, núm. 346, Madrid, Edit. Reus.

GIRARD, P. F.: Manuel élémentaire de droit romain, 8ª ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929.

GROCIO: Recitaciones del derecho civil romano, 6ª ed., Valencia, 1973.

HERMARD: Précis de droit civil, t. II, núm. 1496.

JOSSERAND, LOUIS: Cours de droit civil, t. II, núm. 7, Paris, Recueil Sirey, 1932.

MAZEAUD, HENRI y LÉON: Traité théorique et pratique de la responsabilité, t. I, núms. 681 y ss.

ORTEGA TORRES, JORGE: Código Civil, Bogotá, Edit. Temis, 1972.

PLANIOL, MARCEL: Revue Critique. Clasificación de las fuentes de las obligaciones.

— Traité élémentaire de droit civil, 12ª ed., t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1939.

PRÉAMENEU, BIGOT: Exposée de motifs, LOCRÉ, t. XII, núm. 118.

RECASÉNS SICHES, LUIS: Estudios de la filosofía del derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1936.

RIPERT, GEORGE: Régle morale dans les obligations civiles, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1935.

RODRÍGUEZ, JAIME: Del contrato de compraventa y materias aledañas, Bogotá, Edit. Lerner, 1960.

V. TUHR, ANDREAS: Tratado de las obligaciones, t. II, Madrid, Edit. Reus.

URIBE HOLGUÍN ,RICARDO: El caso fortuito y la inculpabilidad en la no ejecución de las obligaciones contractuales, Bogotá, Edit. Antena, S. A., 1943.

VÉLEZ, FERNANDO: Estudio sobre el derecho civil colombiano, t. IX, París, Imprenta París-América, s. f.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Accursius: 101.
Alciate: 101.
Alessandri: 25, 56, 57, 82, 109, 114, 115, 118, 125, 126, 133, 136, 138, 139, 153, 175, 197, 205, 206, 207, 209, 211, 225, 232, 236, 238, 251, 260, 263, 329, 336, 342, 353, 357, 364, 367, 373, 376, 377, 380, 416, 421, 435, 439, 440, 444, 445, 450, 473.
Aubry: 12, 102.
Avezan: 101.

— B —

Bahamonde, Ruperto: 325.
Barde: 102.
Bartolus: 101.
Baudry-Lacantinèrie: 10, 102.
Bello, Andrés: 3, 102, 104, 162, 177, 197, 198, 255, 301, 409, 411, 416.
Bonnecase, Julien: 11, 13, 14, 15, 16, 35, 36, 38, 102, 110, 214, 215, 216.

— C —

Capitant: 10, 33, 102, 107, 110, 114, 126, 136, 225, 227, 229, 232, 237, 240, 241, 242, 247, 249, 266, 319, 362, 395, 402, 407, 428, 435, 444, 469.
Carbonnier, Jean: 402.
Chabrol: 246.
Claro Solar, Luis: 101, 109, 117, 125, 126, 133, 138, 141, 143, 150, 151, 153, 154, 175, 176, 197, 205, 206, 207, 272, 273, 314, 326, 329, 322, 334, 336, 341, 351, 353, 354, 357, 358, 363, 367, 368, 369, 372, 374, 375, 376, 377, 383, 388, 398, 399, 411, 427, 428, 429, 430, 431, 435, 437, 440, 443, 445, 447, 450, 454, 455, 457.
Colin: 10, 33, 102, 107, 110, 114, 126, 136, 225, 227, 229, 232, 237, 240, 241, 242, 247, 249, 266, 319, 362, 395, 402, 407, 428, 435, 444, 469.
Cuberos Gómez, Gustavo: 63.
Cujacius: 101, 436.
Cuq, E.: 9.

— D —

De Gaudemet, Eugenio: 11.
De Préameneu, Bigot: 105, 341.
Del Vecchio, Giorgio: 36.
Demogue: 5, 33, 34, 121.
Demogue, René: 33, 34, 110, 118.
Demolombe: 457.
Des Pommiers, Aubroux: 246.
Domat: 313, 429.
Doneau: 102, 195.
Donellus: 102, 195.
Duarenus: 101.
Ducarroy: 32.
Duguit, Léon: 17.
Dumoulin: 245, 246, 247, 255.

— E —

Esmein: 102.

— F —

F., P. Girard: 55.
Faber: 101.
Favard: 105.
Ferrara, Cariota: 37.

— G —

Gaius: 445.
Gaudemet: 11, 12, 13, 17.
Gayo: 2, 3, 359.
Giorgi: 394, 399.
Girard, P. F.: 9, 102, 356, 430, 431.
Grocio: 15.

—H —

Heineccio: 15, 32.
Heinneccius: 101.
Hemard: 102.
Henri: 102, 110, 127.
Huc: 246.

— J —

Josserand, Louis: 14, 15, 16, 33, 98, 102, 118, 127, 196, 203, 208, 213, 216, 220, 227, 237, 238, 240, 246, 247, 249, 250, 267.
Justiniano: 2, 3, 155, 412, 431, 432, 470.

— L —

Laurent: 377.
Leal Pérez, Hildebrando: 62.
Lebrun: 102.
Locré: 105, 341.

— M —

Mazeaud, Henri y Léon: 102, 110, 127.
Marco Aurelio: 431.

— O —

Ortega Torres, Jorge: 471.

— P —

Paulo: 10, 144.
Paulus: 168, 181, 445.
Planiol, Marcel: 1, 2, 4, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 32, 33, 35, 98, 102, 114, 117, 118, 125, 126, 132, 136, 203, 204, 209, 225, 237, 239, 244, 246, 247, 249, 250, 257.
Pothier: 32, 92, 102, 103, 125, 129, 132, 141, 150, 154, 195, 196, 206, 207, 246, 255, 388, 394, 401, 408, 427, 429, 436, 438, 445, 455.

— R —

Radouant: 110, 111.
Rau: 12, 102.
Recaséns Siches, Luis: 204.
Renusson: 246.
Reyes Villamizar, Francisco: 58, 61, 179.
Ripert: 1, 13, 98, 102, 114, 117, 118, 125, 126, 132, 136, 203, 204, 205, 209, 225, 237, 239, 244, 246, 247, 249, 250, 257.
Rodríguez, Alessandri: 3, 67, 76, 107, 204, 229, 249, 259, 266, 314, 325, 392, 411, 433, 443, 461, 466.
Rodríguez F., Jaime: 305.

— S —

Somarriva Undurraga: 3, 25, 56, 57, 67, 76, 82, 107, 109, 114, 115, 118, 125, 126, 133, 136, 138, 139, 153, 175, 197, 204, 205, 206, 207, 209, 211, 225, 229, 232, 236, 238, 249, 251, 259, 260, 263, 266, 314, 325, 329, 336, 342, 353, 357, 364, 367, 373, 376, 377, 380, 392, 411, 416, 421, 433, 435, 439, 440, 443, 444, 445, 450, 461, 466, 473.

— T —

Thomasio: 102.
v. Tuhr: 95, 226, 251, 259.

— U —

Ulpiano: 102, 173, 174, 340.
Uribe, Ricardo H.: 92, 101.

— V —

Vélez, Fernando: 70, 73, 76, 77, 260, 263, 443, 444, 473.
Vinnius: 101.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Código Civil

Art.	Pág.
9º	132
15	352, 374
16	315
63	103, 108, 117, 169
65	147
76	347
78	349
82	349
83	349
84	349
85	383
93	82
96	82
98	160
108	160
110	209
111	209
144	160
157	160
166	160
214	467
217	467
294	333
304	448, 451
406	467
411	390, 391
413	393
414	390, 391
424	298, 317, 451
426	451
430	81
433	81
464	81
465	81
466	81
491	448, 451
492	448
499	285
513	285
599	80, 83
663	330
665	10
666	11
674	274
679	275
717	130, 280
732	163

Código Civil

Art.	Pág.
739	163, 366
740	270, 328
742	329
749	331
752	328, 329
754	270, 328
756	270, 271, 328, 331
765	466
768	331
788	173
800	231
814	161
815	163
820	161
822	453
855	216, 217
859	163
865	217, 453
874	70
900	216, 468
904	216, 468
905	468
916	214, 216, 217
942	453
943	260
947	163
955	329
964	131, 235
964	286
970	163, 165
984	165
1013	82
1019	233
1025	107
1056	229
1129	218, 226
1139	218
1147	27, 217, 342
1151	28, 342
1152	219
1154	222
1155	368
1156	237
1187	450
1231	142
1251	362
1265	390

Código Civil

Art.	Pág.
1279	158
1289	159
1291	154, 483
1295	173, 184
1297	159
1303	159
1304	210, 368
1312	159
1316	368
1374	468
1401	304, 333, 367, 455
1405	154, 483
1411	237
1412	238
1415	237
1435	159, 368, 456
1443	449, 450, 449
1450	449
1451	173, 184, 185
1452	449
1454	445, 449
1457	449, 452
1458	449, 452
1464	304
1469	449
1474	391
1479	183
1494	32, 39
1495	20, 150, 236, 348
1496	450
1497	450
1499	138
1501	408, 444, 449
1502	41, 337, 410, 482
1504	139, 188, 189, 205, 330, 333, 382, 482
1505	335
1506	147, 302, 420, 422
1507	148
1508	483
1516	107
1518	112, 271, 272, 273, 274, 276, 384, 459, 462, 482
1521	158, 274, 275, 276, 315, 334, 459
1522	117, 118
1523	334
1524	482, 483
1525	209, 210, 335
1527	23, 148, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 408
	409, 470, 480
1528	213
1529	139, 148, 212
1530	145, 226
1531	145, 227
1532	227
1533	229
1535	117, 229
1536	145, 176, 227
1537	227, 228, 230
1538	230, 232
1539	230, 231, 272
1540	230
1541	230
1542	230, 232, 382
1543	232, 234
1544	234
1545	235
1546	92, 93, 140, 483, 484
1547	234, 235
1548	234, 235
1549	145, 161, 176, 221, 232, 233
1550	28, 342
1551	175, 218, 219, 220
1552	220
1553	175, 222, 223, 224, 225
1554	352, 382
1557	267, 268
1559	268
1560	267, 268
1561	268
1562	268, 396
1563	269
1564	269
1565	277, 347
1566	277, 347
1567	278
1568	24, 237, 238, 240, 241, 343
1569	239, 244, 248
1570	241, 263
1571	243, 361
1572	243
1573	251
1575	244, 245, 250
1576	243, 414
1577	244, 251
1578	245, 246, 248
1579	253, 321, 457
1580	251
1581	256, 258
1583	24, 143, 237, 238, 257, 258, 259, 262, 322, 343
1584	144, 259, 261, 344
1585	144, 259, 262
1586	263
1587	262, 322, 362
1588	263
1589	260, 263
1590	263
1591	264
1592	91, 135, 145, 147
1593	140, 145, 147, 148, 149, 212
1594	137, 142, 145, 146, 150, 151, 152, 417
1595	145, 146, 149, 150, 151
1596	141, 142
1597	141, 142, 264
1598	141, 143
1599	149

Código Civil

Art.	Pág.
1600	146, 152, 153
1601	154, 155, 281, 282
1602	313, 315, 339, 445, 446, 483
1603	461
1604	89, 90, 103, 107, 108, 114, 116, 120, 121, 133
	134, 149, 460, 461, 462
1605	114, 271, 277, 460, 461
1606	277
1607	277
1608	96, 97, 98, 150, 221, 238, 248
1609	92
1610	53, 92, 93, 146
1612	54, 92, 95
1613	89, 123, 128, 133, 286
1614	89, 123, 128
1615	92, 93, 95, 98, 145, 150, 461
1616	89, 95, 124, 125, 128, 133, 153
1617	93, 130, 131, 132, 133, 248, 283, 284, 286, 288
	350
1618	153, 230
1620	153
1624	269
1625	311, 315, 316, 446
1626	318, 341
1627	268, 276, 341, 342, 398
1628	354
1629	354, 388
1630	317, 320, 323, 327, 422, 446
1631	324, 325
1632	324, 325, 327
1633	328, 329, 330, 382, 401
1634	331, 332, 333, 335, 336, 338, 340, 382
1635	332, 333, 338
1636	332, 333, 334
1637	335
1638	336
1639	337, 338, 382
1640	336
1641	337
1642	339
1643	339
1644	337, 338
1645	347, 348, 349, 383
1646	347, 348, 349, 383
1647	347, 348, 349, 383
1648	347
1649	26, 56, 141, 239, 255, 268, 343, 344, 351, 377
	384, 389
1650	345, 384
1651	344
1652	344, 351, 353
1653	350, 353, 438
1654	351, 352, 353, 438
1655	353
1657	380
1658	381, 382, 383, 384, 385

Código Civil

Art.	Pág.
1661	385
1662	388, 354
1663	115, 386
1664	387, 388
1665	387
1666	358, 374
1668	210, 321, 322, 323, 324, 361, 362, 363, 364, 365
	366, 367, 368, 369, 370, 371, 375, 407, 412, 422
1669	358, 371, 372, 373, 407
1670	321, 358, 373, 374, 375, 376, 377, 400
1671	379
1672	55, 392
1675	56
1676	56, 392
1677	52, 58, 60, 66, 193, 195
1678	56, 193, 194
1680	60, 61
1681	60, 65
1683	60, 193
1684	210, 345, 346, 389, 392
1685	390
1686	392
1687	403
1689	212, 407, 408, 409, 410, 411
1690	404, 405
1691	407, 418, 420
1692	409, 414, 417, 421
1693	412, 417
1694	412, 418, 420, 422
1695	420
1696	413, 421
1697	422
1698	422
1699	416
1700	415
1701	415
1702	415
1703	415
1704	243, 414
1706	417
1707	417, 419
1708	417, 418
1709	417
1710	414
1711	451
1712	448, 449, 450, 452
1713	447, 448, 449, 452
1714	425
1715	220, 221, 232, 243, 427, 428, 429, 430
1716	244, 425
1717	425
1718	433, 434, 437
1719	431, 432, 433, 434, 437
1720	434, 435
1721	429, 435, 436, 437
1722	438
1723	435

Código Civil

Art.	Pág.
1724	450, 454, 456, 457
1725	456
1726	456
1727	243, 456
1728	455
1729	459, 460, 461, 462, 464
1730	461
1731	461, 462
1732	114, 117, 462
1733	460, 461, 462
1734	462
1735	114, 462
1736	198, 460
1737	462
1738	460, 462
1739	115, 460
1740	185, 482
1741	139, 189, 276, 330, 408, 482, 483
1743	330, 483
1746	131, 286, 402
1747	332, 333, 334
1748	184, 185
1750	184
1757	106
1821	159
1841	284
1846	284
1849	271
1853	284
1859	316
1867	304
1869	271, 272
1880	271
1882	52, 163, 166
1883	115, 460
1895	183
1929	164
1935	484
1937	484, 485
1946	154, 483
1957	304
1958	154, 164, 304, 483
1959	300, 418
1960	300, 373
1961	300, 373
1963	300
1964	300
1966	301
1967	304
1971	396
1979	418
1995	164
2000	164
2007	97
2023	193, 197
2026	193, 197
2047	316

Código Civil

Art.	Pág.
2056	316
2066	316
2149	324, 369
2154	337, 338
2155	103
2157	336
2158	336
2159	411
2168	336
2171	285
2173	372
2182	284
2184	285, 324, 370
2188	164
2189	316, 337, 338
2199	338
2200	436
2202	484
2203	104
2204	104
2216	164, 437
2217	164, 437
2218	164, 437
2221	347
2224	279, 280
2225	219
2231	154, 281, 282
2232	130, 132, 286
2233	209
2235	283, 284
2244	104
2247	104
2258	165, 437
2259	164, 437
2263	104
2265	73
2284	107
2287	317
2305	104, 325
2306	41, 104
2307	41
2308	325
2309	325, 326, 327
2312	41
2313	211, 221
2315	211, 319
2325	252
2341	90, 133, 341
2347	89
2356	107, 134
2357	89, 113, 115
2361	322
2366	317, 318
2380	212
2383	212, 242
2384	212
2392	242, 345, 362

Código Civil

Art.	Pág.
2395	322, 362
2403	322, 362
2406	414
2407	396, 400, 401
2409	74
2417	162, 168, 435
2418	156
2422	74, 156
2426	165, 166, 400
2433	143
2435	79
2452	156
2453	323, 363, 364
2454	362
2457	400
2458	396
2466	154, 282
2469	64, 486
2488	51, 58, 156, 157, 168, 180, 181, 193, 194, 389
2489	85, 193, 195, 197
2490	188, 189
2491	169, 174, 178, 180, 181, 182, 184, 185, 188, 402, 453
2492	52, 58, 66, 156, 157, 168, 180, 193, 194
2493	66, 67, 180, 323, 366, 375, 416
2494	67, 157, 323
2495	68, 69, 70, 71, 80
2496	71, 72, 84, 86
2497	72, 73, 76, 77, 165, 323
2498	71, 75, 76, 77
2499	77, 78, 79, 323
2500	71, 76, 77, 78, 79
2501	79
2502	79, 80, 81, 82, 83, 85
2503	84
2504	84, 85, 86
2506	80, 83, 85, 86
2507	71, 72, 86
2508	67, 86
2509	86, 87
2510	83, 78, 87
2511	180
2512	465, 466, 468, 472
2513	478, 479
2514	207, 471, 478, 479
2516	480
2523	472
2524	472, 474
2530	477
2535	220, 221, 232, 471
2536	469, 475, 476, 477
2537	479, 480
2538	480
2539	56, 472, 473, 475
2540	238, 241
2541	477
2542	470
2543	471
2544	20, 475, 476, 477

Código de Comercio

Art.	Pág.
20	306
515	306
516	306
525	306
527	307
528	307
845	41
874	280
876	155, 349
881	353
882	413
883	131, 288
884	131, 285, 286, 288, 290, 291, 292, 293
885	288
886	289
1163	288
1168	289
1192	73
1199	73
1200	74
1204	74
1207	78
1208	74, 75
1211	75, 78
1251	288
1388	288
1911	62
1918	65
1965	188
1991	65

Código de Procedimiento Civil

Art.	Pág.
23	348, 383
82	176
83	177
86	384
87	384
90	474
91	474, 475
92	479
99	474
191	285, 286, 291
306	479
332	183
345	389
392	388
406	485
407	479
408	384
409	384
413	386

Código de Procedimiento Civil

Art.	Pág.
414	386
417	52
420	381, 382, 384, 385, 386, 388
427	176, 223, 282, 293
435	161, 223, 232, 282
488	52, 94, 162, 427
490	54
491	93, 493
493	52, 53, 93
494	54
495	91, 92, 93
496	268
498	52
499	52, 53
500	53
501	53
502	54
509	479
513	52, 161
569	59, 223
570	61
575	158
578	158
579	158
580	158
581	159
591	159
592	174
600	159
606	159
625	159
681	334
683	194
684	52
698	472

Código del Menor

134	71

Código Penal

95	122, 123, 133, 134
97	122, 124, 133
106	123, 124, 133
107	134

Código Penal Militar

56	132

Código Sustantivo del Trabajo

Art.	Pág.
154	52
155	52
344	52
488	471

Constitución Política de Colombia

28	50
51	283
372	283

Decretos

Núm.	Año	Pág.
2206	1963	283
2820	1974	81, 83, 86
350	1989	61, 62, 63, 65, 188
1712	1989	449, 452
2282	1989	96
2737	1989	68, 70
2150	1995	286

Leyes

57	1887	37, 87, 300, 327, 373, 457
153	1887	207, 231, 379, 433
95	1890	57, 109, 113, 345, 381, 390, 391, 392
7ª	1900	132
105	1913	87
51	1918	231
120	1928	479
28	1932	80, 82, 205, 305, 333, 477
50	1936	231, 477, 483
1ª	1976	390
27	1977	333
45	1990	282, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293
50	1990	68, 71
54	1990	305
222	1995	56, 58, 59, 61, 64, 65, 160, 174, 175, 178, 179, 180, 183, 188, 189, 194, 222, 223, 402
258	1996	305
510	1999	131, 286, 288, 291
791	2002	184, 231, 469, 470, 475, 477, 479
794	2003	286, 474, 486

ÍNDICE DE MATERIAS

— A —

Abuso del derecho: 41.

Accesión de cosa mueble: 42.

Accidentes de trabajo
concepto: 134.

Acción(es)
conservativas del patrimonio: 376;
contra los fiadores: 376;
de indemnización o saneamiento: 322;
para el codeudor: 264;
de los herederos y del cónyuge: 174;
de nulidad: 335;
del contrato: 377;
o resolutoria: 364;
de pago de lo no debido: 438;
de perjuicios
contra el codeudor: 245, 248;
divisibilidad: 263;
de reembolso: 322, 324, 325, 359, 376;
o subrogatoria: 422;
de repetición: 423;
por pago: 232;
de saneamiento: 401;
del tercero evicto: 183;
por evicción: 329;
de simulación: 190-191;
o resolución: 377;
de subrogación del codeudor solidario: 253;
del acreedor
a plazo: 175;
antes del vencimiento del plazo: 220;
del hijo o del pupilo
por administración de bienes: 86;
del mandatario: 369;
ejecutiva: 49;
del acreedor: 60;
prescripción: 469;
in rem verso: 177, 326;
indemnizatoria: 376;
del acreedor: 350;
del codeudor: 362;
por pagar mal: 341;
oblicua
características: 196;
en Colombia: 197;
francesa: 195-199;
utilidad práctica: 197;
ordinaria: 470;
pauliana: 168-187, 223, 232;
condiciones: 169;
consilio fraudulento: 170;
efectos: 181;
en la dación en pago: 402;
naturaleza: 183;
o revocatoria: 335;
oportunidad para instaurarla: 178;
por la remisión: 453;
por perjuicio a los acreedores: 169;
procedimiento: 174;
y el proceso concursal: 180;
posesoria: 165;
prendaria e hipotecaria: 376;
que interrumpen la prescripción: 473;
reinvindicatoria: 163, 185, 187, 364, 466;
indirecta: 329;
rescisoria
prescripción: 483;
resolutoria: 405, 484, 485;
e indemnizatoria: 140;
revocatoria: 178, 402;
concursal: 174;
subrogatoria: 325, 362, 377, 379.

Acreedor(es): 20;
a alimentos
derecho irrenunciable: 451;
con derecho de preferencia: 156;
de obligaciones aún no exigibles: 161;
del empresario en concordato: 65;
en la novación: 406;
incapaz
no puede remitir: 451;
intervención en las causas mortuorias: 158;
perjuicios materiales y morales: 121;
plurales. División: 144;
prendario: 74, 77;
obligación propter rem: 215;
primitivo y cesionario: 237;
privilegiados en el concordato: 60;
recompensa por la acción pauliana: 175, 183;
su cambio no es novación: 418.

Activo
de la empresa en concordato: 63.

Acto(s)
fuentes de obligaciones: 33, 35;
jurídicos: 35, 37, 38, 39;
con desequilibrio económico: 154;
condiciones para su existencia: 482;
efectos: 48;
elementos: 485;
unipersonal: 40, 47;
o contrato. Existencia: 408;
oneroso y gratuito
acción pauliana: 170, 171;
que se pueden revocar: 172;
unilaterales
sin las solemnidades legales: 206;
voluntario: 37;
y contratos que pueden rescindirse: 168.

Acuerdos concordatarios
perfeccionamiento: 64.

Administración del patrimonio
de la empresa en concordato: 63.

Agencia oficiosa: 42, 324, 325;
fuente de obligaciones: 31, 33.

Agente oficioso
obligaciones: 41;
responsabilidad por culpa: 104.

Albacea
con tenencia: 158;
presunción del dolo: 107.

Alimentos
congruos y necesarios: 393;
no permiten compensación: 437.

Anatocismo: 283, 289.

Apuesta
presunción del dolo: 107.

Arrendamiento
de cosas: 316;
derecho de retención: 164.

Ascendientes o descendientes del acreedor
con beneficio de competencia: 390.

Aumentos o mejoras
de la cosa: 234.

— B —

Beneficio
de competencia: 345, 389;
características: 392;
casos en que actúa: 390;
del deudor: 210;
y derecho de alimentos: 392;
de división: 242, 345, 361;
de excusión: 212, 242;
de inventario: 367, 455;
de separación: 456;
de los acreedores hereditarios: 159;
del plazo: 224;
del heredero del codeudor: 262.

Bien(es)
inmueble dado en pago: 400
y derechos con crédito preferente: 85.

Bonorum venditio: 192.

— C —

Caducidad
de enajenaciones y gravámenes: 234;
de la acción ejecutiva: 470, 477;
del plazo: 222;
causales: 222;
inoperancia: 474.

Cámaras de compensación: 424.

Capacidad
de las partes, en la novación: 410;
del enajenante para el pago: 329;
del mandatario para recibir pago: 337;
del oferente de ofrecer el pago: 382.

Capitis diminutiones: 203.

Capitulaciones matrimoniales: 315.

Características generales
de la cláusula penal: 136-146.

Carta de pago
aceptación: 352.

Caso fortuito: 26, 109-114, 117, 151, 345;
carga de la prueba: 114;
concepto: 109;
condiciones: 109;
efectos: 114;
en la pérdida de la cosa: 460;
imprevisibilidad: 110;
por el hecho de un tercero: 113.

Casos
de obligaciones naturales: 205-211;
de subrogación legal por el pago: 361;
excluyentes de la compensación legal: 431-437.

Caución(es)
disminución o extinción: 224;
o garantía. Concepto: 147;
por obligaciones naturales: 212.

Causa de la novación: 405.

Cesión(s)
de acciones: 420;
de bienes: 55-57, 391;
concepto: 55;
efectos: 56;
requisitos: 55;
de créditos: 249, 299-301, 379, 380, 404, 407, 433, 437;
concepto: 299;
en el Código Civil: 300;
historia: 299;
notificación al deudor: 300;
pago por subrogación: 301;
requisitos ad substantiam actus: 300;
y la compensación: 434;
y subrogación. Diferencias: 359;
de cuotas o acciones
de sociedad en concordato: 63;
de derechos
en sociedad conyugal disuelta: 304;
hereditarios: 304;
subrogación: 373;
de deudas: 301-303, 404;
concepto: 301;
del establecimiento de comercio: 307;
historia: 302;
de un crédito: 396, 406;
por dación en pago: 400.

Clases de crédito: 67-87.

Clasificación
de la compensación: 424;
de las condiciones: 226;
de las fuentes de las obligaciones: 31;
en el derecho colombiano: 39;
de las obligaciones: 22-28;
de los concordatos: 61;
de los derechos auxiliares: 157;
de los intereses: 130;
de los perjuicios: 121;
de los plazos: 218;
general de las fuentes de las obligaciones: 31-43.

Cláusula(s)
de libre administración: 411;
dies interpellat pro homine: 97;
penal
características generales: 136;
cobro: 129;
como apremio: 146;
como estimación anticipada de perjuicios: 148;
como garantía: 147;
concepto y campo de acción: 135;
criterio de la reducción: 154;
de cosa indivisible: 143;
en favor de tercera persona: 146;
en la novación: 46;
en la obligación natural: 212;
en obligaciones indivisibles: 264;
enorme: 154-155;
es acto jurídico: 136;
funciones: 146;
hipótesis de la reducción: 154;
referencia histórica: 135;
ventajas de la estimación convencional: 149.

Coacreedor
en la obligación indivisible
facultades: 260;
conjunto o solidario
efectos de la prescripción: 480;
solidario
compensación de créditos: 426;
remisión: 452;
subrogación: 400;
y fiador
al retiro del pago: 388.

Comodatario
responsabilidad por culpa: 104.

Comodato
derecho de retención: 164;
o préstamo de uso: 436.

Compensación: 374, 423-443;
concepto: 423;
convencional: 439;
crítica del Código Civil: 441;
de la obligación: 221;
en la solidaridad pasiva: 243;
facultativa: 439;
judicial: 440;
importancia: 423;
legal: 424-438;
casos excluyentes: 431;
cómo opera: 430;
efectos: 437;
embargabilidad de los créditos: 429;
exigibilidad de las obligaciones: 427;
fungibilidad de los objetos: 426;
liquidez de las deudas: 429;
reciprocidad de los créditos: 425;
requisitos: 424;
para obligaciones naturales: 213;
reconvencional: 440;
(renuncia a la): 437;
voluntaria: 439.

Compraventa
acción de simulación: 190;
acción pauliana: 182;
con crédito hipotecario: 363;
delegación imperfecta: 302;
derecho de retención: 163;
pacto comisorio: 484;
responsabilidad por culpa: 101, 108;
sin las solemnidades legales: 207.

Concepto
abstracto de la obligación: 9, 50;
de la obligación civil
sus elementos y sus clasificaciones: 9-28.

Concordato(s): 59-66;
acción revocatoria: 179;
clasificación: 61;
concepto: 59;
efectos: 65;
naturaleza: 60;
objeto del trámite: 61;
prelación de créditos: 66;
preventivo: 60;
medidas para lograr los objetivos: 63;
objetivos específicos: 62;
procedencia: 60;
requisitos: 64.

Concurso
de acreedores: 58-87;
concordatos: 59-66;
concepto: 58;
prelación de créditos: 66-87;
revocación judicial: 485;
o quiebra
indemnización por el crédito: 121;
y quiebra: 58.

Condición
características: 226;
clasificación: 226;
concepto: 226;
(estados de la): 229;
resolutoria: 318;
del mandato: 338;
tácita y expresa: 483;
suspensiva
de la obligación penal: 145.

Condonación de la deuda
en la solidaridad pasiva: 244.

Conducta concluyente
interrumpe la prescripción: 475.

Confusión: 453-457;
causa única: 454;
concepto: 453;
naturaleza jurídica: 453;
por causa de muerte: 454;
y remisión: 450.

Conjunción originaria y derivativa: 237.

Consentimiento del acreedor
en la subrogación convencional: 371.

Consignación del pago
aceptación del demandado: 385;
cuándo hay lugar a ella: 385;
oposición del demandado: 386;
retiro: 387;
silencio del demandado: 385.

Consocios
con beneficio de competencia: 390.

Constitución en mora: 474;
de uno de los deudores: 238;
del arrendatario: 97.

Contenido de los concordatos: 61.

Contrato(s)
bilaterales. Condición resolutoria: 483;
colectivo: 3;
conmutativos: 154;
de anticresis: 396;
de arrendamiento: 270, 418;
de servicios: 134;
subrogación del acreedor: 157;
de cesión de créditos: 300;
de comodato: 484;
de compraventa
obligación del vendedor: 271;
de fianza: 24;
de mandato: 247;
de mutuo: 347;
de seguro: 147;
de trabajo: 134;
de transacción en el concordato: 64;
de transporte: 119;
definición: 20, 236, 348;
falta de consentimiento: 139;
fuente de obligaciones: 27, 31, 34, 39;
por adhesión: 3, 118;
principales y accesorios: 138;
sin reajuste de la pena: 155;
revocación unilateral: 316;
revocado convencionalmente: 314;
sinalagmáticos: 458.

Convalidación del pago: 332.´

Convención(es)
colectivas: 60;
extintiva
excepciones: 315;

y revocación unilateral: 313-317;
diferencias: 47;
o contrato: 47.

Convenios entre acreedor y deudor: 59.

Cónyuge divorciado
con beneficio de competencia: 390.

Cosa(s)
fuera del comercio: 274;
fungibles
pérdida: 459;
y consumibles: 426;
futuras: 271;
juzgada
en la acción pauliana: 183;
para los codeudores: 249;
sobre obligación civil: 208;
hipotecada o pignorada
pago por el propietario: 322;
muebles. Compensación: 427;
que se debe
extravío: 462;
pérdida imputable al deudor: 460;
pérdida no imputable al deudor: 460;
que se pierden: 459.

Costas
del proceso
pago: 354;
judiciales
crédito preferente: 69.

Créditos
aún no exigibles
medidas conservativas: 161;
con prenda: 71, 72, 77;
de bienes muebles
remisión: 451;
de cuarta clase: 79;
transferencia de bienes del deudor: 86;
de los hijos y de los pupilos
alcance de las preferencias: 84;
de primera clase: 68;
de quinta clase: 86;
orden de prelación: 87;
de segunda clase: 72;
de tercera clase: 78;
del fisco: 80;
del peculio profesional. Pago: 333;
del posadero: 71, 72, 77;
del transportador: 71, 72, 73, 77;
embargo y secuestro: 334;
exigibles
medios conservatorios: 161;
fiscales. Preferencia: 70;
laborales y por alimentos: 68;
orden de prelación: 71;
personalísimos: 317;
por cesión de bienes: 141;
por concurso o quiebra del deudor: 141;
privilegiados: 167, 416;
y preferentes en el concordato: 67;
régimen
de la cuarta clase: 83;
de la primera clase: 70;
de la quinta clase: 87;
de la segunda clase: 75;
de la tercera clase: 78;
relativos a bienes inmuebles
no se pueden remitir: 451.

Cuasicontrato: 43;
fuente de obligaciones: 31, 34.

Cuasidelito o culpa: 41;
fuente de obligaciones: 31, 34.

Cuenta corriente mercantil: 423.

Cuerpo cierto
pérdida: 459.

Culpa
de un tercero
en la pérdida de la cosa: 460;
del acreedor: 89, 114-116, 151;
concepto: 114;
en la pérdida de la cosa: 460;
del comodatario: 103;
del depositario: 103;
del deudor: 95;
del vendedor: 103;
en la responsabilidad del deudor: 89;
grave
condonación: 128;
en derecho romano: 100;
exoneración: 117;
y dolo. Equiparación: 107-109;
in eligendo: 114.
in vigilando: 113;
leve
en derecho romano: 100;
o mora de los codeudores: 263;
según la utilidad del contrato: 101.

Cumplimiento de la obligación
indivisible: 261.

Cúmulo
de la obligación y la pena: 151;
de las indemnizaciones: 93.

Cuota del deudor insolvente: 238.

Curador
de la herencia yacente: 158.

Curaduría
de bienes
prelación: 81;
de la herencia yacente: 82;
solicitud de los acreedores: 158;
del ausente: 82;
del que está por nacer: 82.

— D —

Dación en pago: 56, 393-403;
acción pauliana: 402;
capacidad de las partes: 399;
con mandatario: 399;
concepto: 393;
consentimiento de las partes: 398;
elementos: 270;
en el Código Civil: 396;
evicción de la cosa: 401;
extinción de la obligación: 400;
historia y naturaleza jurídica: 393;
lesión enorme: 402;
o cesión de bienes
de la empresa en concordato: 63;
requisitos: 396;
solemnidades legales: 399;
subrogación: 400.

Daño emergente y lucro cesante
del acreedor: 128, 132.

Deber jurídico: 2.

Declaración
de nulidad. Efecto: 182;
judicial de simulación
concepto: 485.

Delegación: 419-422;
clasificación: 421;
concepto: 419;
imperfecta: 302, 421;
naturaleza jurídica: 419;
novatoria: 302;
perfecta: 421;
o imperfecta: 420;
o novatoria: 405;
reseña histórica: 419.

Delito: 41;
fuente de obligaciones: 31, 34.

Demanda
de restitución y la compensación: 435;
ejecutiva
con título. Compensación: 440.

Depositario
responsabilidad por culpa: 104, 108.

Depósito
derecho de retención: 164;
ordinario e irregular: 436;
y comodato con compensación: 435.

Derecho(s)
a pedir alimentos: 317;
auxiliares de los acreedores: 48, 156-199;
concepto: 157;
medios conservatorios: 157-168;
medios reconstitutivos: 168-191;
subrogación: 191-195;
crediticio: 20;
elementos: 10;
personalísimos: 298;
de anticresis: 376;
de pedir alimentos: 390;
de persecución: 58;
de preferencia: 18, 415;
de reembolso: 361, 376;
de repetición
del deudor: 332;
de retención: 162, 366, 376, 437;
casos en que procede: 162;
del posadero: 73;
naturaleza y efectos: 166;
requisitos: 165;
reseña histórica: 162;
de terceros: 51;
y la compensación: 434;
in re y ad rem: 15;
modales: 27;
patrimoniales
en la época romana: 9;
y subrogación legal: 195;
personalísimos: 51, 195;
principales del acreedor: 48;
que no prescriben: 468;
real: 12;
de garantía: 166;
de herencia: 159, 297, 304, 367, 455;
subrogación de los acreedores: 197;
y personal en el Código Civil: 10, 11;
reales y crediticios: 9-19;
crítica de las teorías: 15-17;
diferencias: 17-19;
teoría antigua: 9-11;
teorías modernas: 11-14;
subjetivos. Elementos: 17.

Desistimiento de la demanda
no interrumpe la prescripción: 474.

Deslinde y amojonamiento: 216.

Deuda sobre bien raíz
remisión: 452.

Deudor(es): 20
civil o comerciante: 58;

constitución en mora: 221;
de varias obligaciones
forma de compensarlas: 438;
en la novación: 405;
frente al acreedor solidario: 241;
incapaz en la novación: 411;
insolvente: 51;
obligación de indemnizar
condiciones: 127;
plurales. División: 142;
que hizo cesión de bienes
con beneficio de competencia: 391;
su cambio no es novación: 418.

Dictamen pericial
de bienes objeto de garantía
en el concordato: 65.

Digesto y las Siete Partidas
utilidad de la cláusula penal: 136.

Disipador
contrae obligaciones naturales: 205.

Disposición del crédito
por alguno de los coacreedores: 260.

División
de la deuda entre codeudores
forma: 252;
de la obligación: 237;
efectos: 238;
excepciones: 238.

Dolo: 169;
condonación: 116, 128;
en derecho romano: 100;
o culpa del deudor: 151.

Domicilio
contractual: 383;
convencional para el pago: 348;
legal para el pago: 348.

Donación: 379;
acción pauliana: 182;
aceptación por los acreedores: 199;
al remitir una deuda: 445;
sin las solemnidades legales: 206;
y remisión
diferencias: 449.

Donante
con beneficio de competencia: 391.

— E —

Edificación, plantación o sementera
derecho de retención: 163.

Efectos
de la cláusula penal: 149-153;
de la compensación legal: 437;
de la condición
cumplida: 233;
fallida: 233;
pendiente: 231;
de la confusión: 456;
de la consignación válida: 386;
de la dación en pago: 400-403;
de la indivisibilidad de las obligaciones: 259;
de la interrupción de la prescripción: 476;
de la novación: 413-417;
de la pérdida de la cosa: 460;
de la prescripción
liberatoria: 480;
de la remisión: 452;
de la solidaridad pasiva: 243;
de la subrogación: 373-380;
de la terminación del mandato: 338;
de las obligaciones
alternativas: 267;
de especie: 276;
de género: 277;
naturales: 211-213;
de modificaciones accidentales
en la novación: 418;
del pago: 331;
por consignación: 386-389;
entre acreedor y codeudores: 243;
entre coacreedores
y deudor: 241;
en obligaciones indivisibles: 264;
entre codeudores: 241, 252;
en obligaciones indivisibles: 264.

Eficacia de la cláusula penal
como apremio: 146;
como garantía: 147.

Ejecución(es)
coactiva: 49-54, 161;
bienes inembargables: 51-52;
concepto, eficacia y objeto: 49-51;
formas y casos: 52-54;
sobre el patrimonio
en el derecho romano: 50.

Elementos de la mora debitoria: 95.

Embargo
de bienes del cónyuge sobreviviente: 158;
de los activos del deudor
en proceso concursal: 160.

Enajenación
de cosa ajena: 187;
de cosas embargadas: 275;
de establecimiento de comercio: 306;
de las universalidades: 303-307.

Enriquecimiento sin causa: 323, 326, 332, 359;
del acreedor: 142;
fuente de obligaciones: 33, 39, 42, 186.

Equiparación de la culpa grave
al dolo: 107-109;
prueba y efectos: 108.

Errores legislativos sobre responsabilidad: 89.

Especificación
procede derecho de retención: 163.

Establecimiento(s)
de caridad
créditos de cuarta clase: 80;
de comercio: 306;
de la empresa en concordato: 63.

Estado civil de las personas: 315.

Estipulación(es)
acerca de los perjuicios: 128;
de plazo: 97;
que no causan novación: 417-419.

Excepción(es)
a la invalidez del pago: 334;
de compensación: 432;
de los codeudores solidarios: 250;
de pago: 354;
de prescripción: 480;
personales: 250;
reales: 250;
y personales del deudor: 407.

Exigibilidad
de la obligación
indivisible: 259;
oferta de pago: 382;
de la pena: 149;
y la imputabilidad al deudor: 151;
y la mora: 150.

Expensas funerales
crédito preferente: 69.

Extinción de las obligaciones: 311-486;
clasificaciones: 312;
enumeración legal: 311;
generalidades: 311;
por muerte del acreedor o del deudor: 317;
por plazo extintivo: 317;
por revocación unilateral: 316;
principales: 140.

— F —

Fiador
compensación de créditos: 425;
prendario o hipotecario: 212.

Fianza: 242;
extinción: 400, 401;
remisión: 453;
y confusión: 456.

Fideicomiso
confusión: 453;
derecho de retención: 163;
medidas conservativas: 161.

Formas de la estimación del perjuicio
del acreedor: 128-146.

Fraude pauliano: 169.

Frutos
civiles: 284;
de la cosa arrendada
derecho de retención: 164;
restitución: 235.

Fuentes de las obligaciones
clasificación
del Código Civil: 31-32;
filosófica-científica: 38-39;
crítica de las teorías: 34-36;
en función del acto y del hecho: 39-43;
otras clasificaciones: 32-34;
teoría lógico-jurídica: 36-38.

Fuerza mayor. Irresistibilidad: 112.

Funciones de la cláusula penal: 146-149.

— G —

Gastos
de enfermedad
crédito preferente: 69;
del pago: 354, 388;
judiciales
prescripción: 470.

Guarda(s)
de bienes
y aposición de sellos
solicitud de los acreedores: 158;
generales
prelación de créditos: 81.

— H —

Hecho
ilícito: 41;
jurídico: 37, 38, 39.

Heredero
del acreedor de obligación indivisible: 259;
del codeudor. Responsabilidad: 252;

del deudor
división de la pena: 142;
solidario: 251;
que impide cumplir la obligación: 143;
subrogación: 355.

Herencia
con beneficio de inventario: 210;
o legado
renuncia por el deudor: 173;
obligaciones inherentes: 41.

Hermanos del acreedor
con beneficio de competencia: 390.

Hijos de familia
privilegio de sus créditos: 81.

Hipoteca(s)
indivisibilidad: 257;
(prelación entre): 79;
y prenda
disminución o extinción: 224;
indivisibilidad legal: 143.

Hospedaje
derecho de retención: 165.

— I —

Imposibilidad de ejecución: 458-464;
generalidades: 458;
generalización de la teoría: 462;
régimen legal: 458.

Imprescriptibilidad del crédito: 220.

Impugnación de la paternidad: 467.

Imputabilidad
del incumplimiento: 99-120;
estipulaciones que la varían: 116-118;
moral o subjetiva
modificación convencional: 116;
por la culpa: 99-106;
crítica al derecho colombiano: 104;
derecho francés: 102;
en el derecho medieval: 101;
en el derecho romano: 100;
por el dolo: 99.

Imputación
del pago: 350-353;
concepto: 350;
cuando existen varias deudas: 351;
en obligación única: 350;
importancia: 350;
por el acreedor: 352;
por el deudor: 351;
por la ley: 353.

Inasistencia alimentaria: 50.

Incapacidad
para intervenir en el comercio jurídico: 188.

Indemnización
al acreedor: 461;
compensatoria: 91, 355, 462;
y moratoria: 153;
de perjuicios: 50, 54, 88-155, 232, 375, 398;
caso fortuito: 109;
clasificación general: 91;
concepto y generalidades: 91-93;
culpa del acreedor: 114;
del acreedor: 121, 346;
equiparación de la culpa al dolo: 107;
irrogados al acreedor: 458;
necesidad de la mora: 98;
pago de intereses: 130;
por accidentes de trabajo: 134;
por dolo o culpa del deudor: 311;
por incumplimiento de contrato: 483;
prueba de la culpa: 107;
prueba del dolo: 106;
requisitos: 94-155;
del codeudor: 262;
del lucro cesante: 286;
moratoria: 93, 461;
o compensatoria: 417;
necesidad del perjuicio: 121;
por daño moral
en el Código Penal: 123;
que no acepta compensación: 437.

Indicadores económicos
notoriedad: 286.

Indivisibilidad
de las obligaciones
efectos por el aspecto activo: 259;
del pago
excepciones: 344.

Inhabilitación del mandatario: 338.

Inmueble
tradición y entrega: 348.

Insolvencia
de uno de los codeudores: 253;
del deudor
en obligaciones indivisibles: 265;
notoria del deudor: 223.

Instrumentos públicos y privados
en la prelación de créditos: 87.

Intención de novar: 412.

Interés(es)
clasificación: 280;
cobro: 376;
concepto: 130, 280;
convencionales: 281-284;
intervención del Estado: 283;
restricciones a la libre estipulación: 281;
corrientes: 284-286;
autorización legal: 284;
en el mandato: 284;
en la tutela y la curaduría: 285;
del crédito: 417;
legal: 130, 286-288;
concepto y crítica: 286;
en el Código de Comercio: 131;
moratorio. Determinación: 131;
límites en operaciones mercantiles: 283;
moratorios
efecto: 131;
en la solidaridad pasiva: 248;
extinción: 413;
legales: 130-133, 287;
y perjuicios adicionales: 132;
normatividad comercial: 288-293;
penales
en el mutuo y la anticresis: 155;
reajuste y pérdida
procedimiento: 282, 293;
remuneratorios y moratorios: 292.

Interrogatorio de parte
confesión de la obligación: 427.

Interrupción de la prescripción
concepto: 472.

Intervención de los acreedores
en la liquidación de sociedad conyugal: 159;
en las causas mortuorias: 158;
en los concordatos: 159;
en los inventarios y avalúos: 159;
en procesos de liquidación obligatoria: 160.

— J —

Junta monetaria
fijación de intereses: 283.

Jurisprudencia francesa
sobre transporte de personas: 116.

Justificación del pago
con subrogación: 359.

— L —

Legitimación para recibir el pago: 331.

Lesión enorme
en la dación en pago: 402.

Letra de cambio: 419.

Límites de la indemnización
de perjuicios: 121.

Liquidación obligatoria: 402;
contra el depositario: 18;
pago al deudor insolvente: 333;
pago parcial: 320;
solicitud del trámite: 223;
y la compensación: 435.

Liquidador
administrador de bienes: 56, 194;
representante del deudor: 189.

Litisconsorcio necesario
en la acción pauliana: 177.

Lucro cesante: 132.

— M —

Mandamiento ejecutivo
obligación alternativa: 268.

Mandatario
responsabilidad por culpa: 103.

Mandato
derecho de retención: 164;
intereses corrientes: 284;
para recibir el pago: 336, 372;
y compensación: 425.

Medidas conservativas
solicitud del acreedor: 221, 232.

Medios
conservatorios
comunes: 158-160;
particulares: 160-168;
reconstitutivos: 168.

Menor adulto
contrae obligaciones naturales: 205.

Modo(s): 27;
de extinción de las obligaciones: 312;
directos e indirectos: 313;
generales y especiales: 313;
indirectos
de extinguir obligaciones: 481-486.

Moneda nacional: 279.

Mora
creditoria: 114;

de obligaciones a dinero: 286, 292;
debitoria: 94-98;
del deudor
solidario: 248;
por imposibilidad o renuencia: 98;
objetiva: 95;
o culpa
en la solidaridad pasiva: 245.

Muerte del mandatario: 337.

Mujer casada
administración de sus bienes: 81;
privilegio de sus créditos: 80, 82.

Multa en los esponsales
es obligación natural: 209.

Mutuo
con interés: 222;
disenso en los contratos: 481;
estipulación de intereses: 281;
interés durante el plazo: 130;
plazo para el pago: 219;
prohíbe el anatocismo: 283;
sin intereses
es obligación natural: 209.

— N —

Negocio(s)
jurídico: 37;
mercantiles
intereses: 291.

Nombramiento de un contralor
en proceso concursal: 160.

Normas comerciales
sobre intereses: 288.

Notificación
del auto admisorio: 96;
del mandamiento de pago
para alegar la prescripción: 479.

Novación: 374, 403-419, 450;
capacidad
de las partes: 410;
de los representantes: 411;
cláusula penal: 416;
codeudores: 414;
concepto: 403;
condicional: 414;
de obligaciones naturales: 211;
estipulaciones que no la causan: 417;
extinción
de los intereses: 416;
de los privilegios: 415;
extingue obligaciones: 316;
(modos de la): 404;
naturaleza jurídica: 403;
obligaciones o causas
diferencia: 410;
prendas e hipotecas
consentimiento del dueño: 414;
extinción y reserva: 414;
identidad del objeto: 415;
monto de la garantía: 415;
renovación: 415;
por cambio de acreedor: 299, 407;
por la dación en pago: 394, 397;
requisitos: 408;
reseña histórica: 403;
sustitución de obligaciones: 413;
y la cesión de créditos: 406;
y pago con subrogación: 407.

Nulidad
absoluta y relativa
de la obligación principal: 139;
de la novación: 407, 410;
de la obligación facultativa: 269;
de los actos del deudor concursado: 187-190;
de los actos jurídicos: 482;
del pago: 329, 330, 401;
al acreedor: 333;
por concurso de acreedores: 335;
por embargo del crédito: 334;
del proceso
no interrumpe la prescripción: 475;
relativa
de la obligación: 148;
saneamiento: 483;
y rescisión
concepto: 482.

— O —

Objeto
en la novación: 405;
su cambio no es novación: 417;
y causa ilícitos
no crea obligación natural: 210.

Obligación(es): 1;
a plazo: 218-225, 440;
contractual y extracontractual: 97;
o condición. Pago: 382;
activamente solidarias: 240;
alternativas: 398;
a quién corresponde la elección: 267;
concepto: 267;
efectos: 267;
prevalencia: 269;
y facultativas: 266-269;
civiles: 2, 202;
degeneradas: 207;
y naturales: 23;
concepto: 20;

Obligación(es) (cont.)
condicionales: 226-235;
en la novación: 409;
y a plazo: 23, 54;
conjuntas: 236-238, 320;
efectos de la prescripción: 480;
pago: 332;
y solidarias: 24;
conjuntiva: 266;
de dar: 21, 49, 92, 382;
clasificación: 270;
comerciabilidad de las cosas: 274;
compensación: 427;
concepto: 270;
determinación
de la cantidad: 273;
de las cosas: 272;
existencia potencial de las cosas: 271;
indivisibilidad: 256;
mora creditoria: 115;
naturaleza de las cosas: 272;
nulidad del pago: 330;
requisitos especiales: 271-275;
requisitos para el pago: 328;
y de entregar: 270-275, 381, 458, 461;
y de hacer: 25, 145, 318;
de dinero: 52, 279-293;
régimen de los intereses: 280;
de entregar
cosas de género: 53;
inmueble: 52;
mueble: 52;
de especie
concepto: 276;
efectos: 276;
o cuerpo cierto: 273;
pago: 345;
y de género: 276-278;
de género: 273;
efectos: 277;
pago: 347;
y de especie: 25;
de hacer: 21, 49, 298, 317;
indivisibilidad: 257;
y no hacer: 92;
de medios y de resultados: 26;
crítica de la teoría: 119;
de no hacer: 18, 21, 24, 49, 54, 145, 319;
de objeto simple y alternativas: 25;
de pagar una suma de dinero: 129;
reglas para la indemnización: 131;
de realizar
acto jurídico: 53;
hecho material: 53;
de sujetos simples y plurales: 24, 26;
desestimadas judicialmente: 208;
divisibles e indivisibles: 26;
división entre sujetos simples: 141;
efectos: 48;
de la indivisibilidad: 259-265;
elementos: 20;
facultativas: 25, 396;
concepto: 268;
efectos: 269;
extinción: 269;
pago: 355;
fuentes de indivisibilidad: 256-258;
indivisibles: 255-265;
dificultad teórica: 255;
efectos entre los coacreedores: 264;
efectos entre los codeudores: 264;
efectos por el aspecto pasivo: 261;
extinción: 263;
interés de la teoría: 255;
por disposición de la ley: 257;
por la naturaleza del objeto: 256;
por el acto jurídico: 258;
modales: 27, 342;
naturales: 203-213;
casos: 205;
casos discutidos: 209;
concepto: 203;
criterio ético-social: 208;
criterio individual: 208;
efectos: 211;
en el derecho
francés: 208;
moderno: 204;
origen histórico: 203;
originarias: 205;
pago: 211;
negativa y positiva: 150;
pasivamente solidarias: 242;
penal
es accesoria: 138;
es condicional: 145;
y alternativa: 137;
y facultativa: 138;
y principal: 137;
pendente conditione: 231;
prescritas: 207;
principal
divisibilidad o indivisibilidad: 141;
independencia: 144;
inexistencia inicial: 139;
nulidad: 139;
y accesoria: 23;
propter rem: 214-217;
efectos principales: 217;
y el derecho real: 214;
y la modal: 216;
puras y simples: 23;
reales: 214;
o propter rem: 24, 27;
solidarias: 239-254;
características: 239;
clasificación: 240;
concepto: 239;
división de la deuda: 252;
división por causa de muerte: 251;

fuentes: 240;
origen y etimología: 239;
pasiva o activa: 24;
y la confusión: 456;
sucesivas
en la novación: 408;
sujeta a condición: 232;
compensación: 428;
transmisión: 232.

Oferta
con cláusula penal: 136;
del pago: 381;
a quién debe hacerse: 382;
formalidades legales: 383;
gastos: 388;
por consignación. Contenido: 384.

Oferente
obligaciones: 42.

— P —

Pacto
comisorio: 483, 484;
de arras: 316.

Pago: 318-403;
a persona no legitimada: 332, 338;
a quién debe hacerse: 331-341;
al acreedor: 332;
sin administración de sus bienes: 333;
solidario: 241;
al poseedor del crédito: 340;
al representante del acreedor: 335;
causalidad: 319;
cómo debe hacerse: 341-347;
con beneficio de competencia: 389-393;
con conocimiento del deudor: 324;
con deudores solidarios: 343;
con intereses e indemnizaciones: 344;
con pluralidad de sujetos: 343;
con subrogación: 301, 355-380, 404, 407;
concepto: 356;
naturaleza: 356;
reseña histórica: 356;
tesis: 357;
concepto: 318;
contra la voluntad del deudor: 325;
cuándo debe hacerse: 349-350;
de buena fe: 331;
de cosas fungibles: 330;
de intereses moratorios
orden de prelación: 288;
de obligaciones en dinero: 280;
del deudor con varios domicilios: 349;
diputación por el acreedor y el deudor: 339;
dónde debe hacerse: 347-349;
en obligaciones de dar
requisitos especiales: 328;
en transmisión del crédito: 333;
especies monetarias
régimen vigente: 279;
excepciones
a la indivisibilidad: 344;
convencionales: 342;
legales: 342;
de lo no debido
fuente de obligaciones: 33;
que extingue obligaciones: 316;
indivisibilidad: 258, 343;
más allá de la responsabilidad
es obligación natural: 209;
naturaleza jurídica: 318;
pendente conditione: 234, 352;
periódicos. Prueba: 354;
por codeudor
de obligación indivisible: 321;
por consignación: 380-389;
campo de acción: 381;
competencia preventiva: 383;
concepto: 380;
justificación: 380;
lugar: 383;
oferta: 382;
origen histórico: 380;
procedimiento: 381;
quién puede efectuarlo: 381;
por el acreedor tercero: 323;
por el codeudor solidario: 321;
por el deudor único: 320;
por el fiador: 322;
por el propietario: 322;
por error del delegado: 422;
por error del delegante: 422;
por mandatario: 324;
por persona interesada: 321;
por persona no interesada: 323;
por quién puede hacerse: 319-331;
por un tercero: 320;
subrogación convencional: 372;
puro y simple: 319-354, 374;
que no se puede repetir: 211;
que se debe pagar: 342;
reglas de ciertas obligaciones: 345;
requisitos para su validez: 340;
sin conocimiento del deudor: 325;
solemnidades: 331.

Patria potestad
derechos irrenunciables: 451;
sobre los hijos: 81.

Patrimonio(s)
autónomos y comerciales: 305;
consecuencias: 303;
del deudor: 51;
personalidad: 366, 454.

Pérdida de la cosa que se debe: 459-462.

Perención procesal
derogatoria: 486.

Perjuicio(s)
actuales y futuros: 126;
casos de estimación legal: 130;
ciertos y eventuales: 127;
del acreedor: 121-155;
directos e indirectos: 124;
estimación
convencional: 135;
judicial: 128;
legal: 129;
materiales y morales: 121-124;
morales: 129, 133;
por la mala fe del deudor: 132;
previsibles e imprevisibles: 125.

Permuta
derecho de retención: 164.

Personas
sujetas a la acción pauliana: 176.

Plazo
características: 218;
causales de su extinción: 221;
concepto: 218;
determinado e indeterminado: 218;
en la compensación: 428;
expreso o tácito: 219;
extintivo
concepto: 317;
efectos: 221;
legal, convencional y judicial: 219;
suspensivo
efectos: 220;
y extintivo: 220;
y condición suspensiva: 231.

Poder
facultades: 336.

Poseedor irregular
derecho de retención: 165.

Posesión: 12.

Prelación
de créditos: 66-87;
causas: 66;
clasificación de las preferencias: 67;
concepto: 66;
denominaciones legales: 67;
efectividad: 67;
entre hipotecas: 79.

Prenda
derecho de retención: 165;
e hipoteca
en la confusión: 456;
remisión: 453, 447;
general de los acreedores: 156;
prelación del crédito: 78;
sin tenencia: 74, 77.

Prescripción: 374;
acepciones y tratamiento legal: 465;
concepto: 464;
consumada
cuándo debe alegarse: 479;
renuncia: 479;
convenciones sobre el término: 471;
de corto término: 470;
interrupción: 475;
de la acción de nulidad: 185;
de la obligación civil: 207;
de largo tiempo: 469;
de obligaciones del deudor: 56;
del crédito: 221;
en la compensación: 438;
en favor de los acreedores conjuntos: 238;
en favor del acreedor solidario: 241;
en la novación: 411;
en la obligación indivisible: 260, 261, 263;
en la solidaridad pasiva: 245;
extinción: 413;
interrupción
civil. Ineficacia: 473, 474;
natural: 475;
y suspensión: 472-477;
justificación y utilidad: 466;
liberatoria: 464-480;
generalidades: 464;
requisitos: 467;
naturaleza jurídica: 465;
para los incapaces: 477;
para el transcurso del tiempo: 469;
por inacción del acreedor: 468;
punto de partida: 471;
renuncia anticipada: 478;
y compensación: 430.

Prescriptibilidad del crédito: 467.

Prestación(es): 20;
con ánimo de pagar
en la dación en pago: 397;
debida y pagada
diferencia: 397;
mutuas. Intereses: 286;
stricto sensu: 24.

Presunción
de derecho, por perjuicios: 149;
de pago: 354;
legal de la remisión: 447.

Principio
ad imposibilia nulla obligatio est: 112;
de la responsabilidad civil: 128;
in dubio pro reo: 127.

Prisión por deudas
en el derecho romano: 50.

Privilegios o hipotecas
al retiro del pago: 388.

Procedimiento
para el pago por consignación: 381-386.

Proceso
concursal
de liquidación obligatoria: 56;
objeto: 159;
subrogación de los acreedores: 193;
y acción pauliana: 174;
de ejecución
pago parcial: 320;
subrogación de acreedores: 193;
de pertenencia
por acción del usucapiente: 479.

Propiedad fiduciaria: 21;
obligación: 270.

Prueba
de la diligencia debida: 121;
de la inculpabilidad del deudor: 56;
de la remisión tácita: 448;
de la responsabilidad: 120;
de los créditos de cuarta clase: 86;
de los perjuicios del acreedor: 129;
del acreedor de la pena: 149;
del caso fortuito: 107, 114;
del dolo y la culpa: 106-107;
del fraude: 171;
del hecho extraño impediente: 121;
del interés: 132;
corriente: 285, 291;
del lucro cesante: 133;
del pago: 354;
del perjuicio a los acreedores: 169;
excepciones: 129;
en obligaciones a plazo: 54.

Pupilos
preferencia de sus créditos: 81.

— Q —

Quantum
de la obligación indemnizatoria: 115;
de los perjuicios indemnizables: 129.

Quiebra
del deudor: 223.

— R —

Reconvención
del deudor: 95, 150;
preclusión de la oportunidad: 97;
excepciones: 97;
formas: 96;
(necesidad de la): 96.

Recursos
del codeudor que ha pagado: 253.

Reducción de la pena: 154;
obligaciones
de valor
determinado: 154;
indeterminado: 155.

Régimen
de ciertas obligaciones: 203-293;
de los intereses: 280-293;
legal
de los derechos auxiliares: 157;
general
de las obligaciones: 47-199.

Reivindicación
derecho de retención: 163.

Relativamente incapaces
contraen obligaciones naturales: 205.

Remisión: 374, 443-453;
acto
jurídico extintivo: 444;
jurídico gratuito: 448;
acto
unilateral del acreedor: 444;
concepto: 443;
concordataria: 451;
entrega del título
por mandatario: 448;
por representante legal: 448;
extingue obligaciones: 316;
naturaleza jurídica: 443;
requisitos: 451;
tácita: 446;
testamentaria: 450;
y donación: 449.

Renuncia
a la prescripción: 478-479;
al enriquecimiento: 172;
de la prescripción
concepto: 478;
del acreedor
extingue la solidaridad: 251;
del plazo: 222.

Representación
de los codeudores solidarios: 246;
legal: 335.

Representantes
compensación de créditos: 425;
legales en la novación: 411.

Requerimiento a los asignatarios
por los acreedores: 159.

Requisitos
de la dación en pago: 396-400;
de la indemnización de perjuicios: 94;
de la novación: 408-413;
de la oferta de pago: 381;
de la prescripción liberatoria: 467-472;
de la remisión: 451;
de las obligaciones de dar: 271.

Rescisión del contrato
por el acreedor: 346;
del contrato: 92;
por incumplimiento del deudor: 140.

Resolución
judicial: 483.

Responsabilidad
civil: 88, 186;
contractual: 116, 122, 134;
de los deudores: 419;
de los fiadores: 419;
del deudor: 26, 192, 458;
cuando la cosa perece: 462, 463;
doloso: 133;
estipulaciones agravantes: 117;
atenuantes: 117;
moroso o culpable: 263;
extracontractual: 122;
y contractual: 88;
por el hecho ilícito: 107;
por el riesgo creado: 3;
por enajenar establecimiento comercial: 307;
por pago en obligación de especie: 346;
reglas generales: 103;
subjetiva: 115, 134;
y objetiva: 120.

Retardo del deudor: 95.

Retención convencional: 167.

Retroactividad de las condiciones: 234.

Revocación
del mandato: 337;
judicial. Concepto: 485;
unilateral del contrato: 481.

— S —

Sanción
por cobro de intereses: 282, 293.

Secuestre
administrador de bienes: 194;
de bienes relictos
solicitud de los acreedores: 158.

Sentencia
en la compensación: 430;
que no extingue la obligación natural: 213;
sobre la validez del pago: 385;
contenido: 386.

Servicios públicos: 51.

Servidumbre(s)
confusión: 453;
de tránsito: 258;
indivisibilidad: 256;
prescripción: 260;
y obligaciones propter rem: 216.

Simulación
absoluta y relativa: 486;
concepto: 190;
de intereses: 289.

Sistema
de la unidad de la culpa: 102.

Situaciones jurídicas
elementos: 37;
formación: 36;
simples y complejas: 38.

Sociedad
con acreedores asociados: 63;
conyugal ilíquida: 304.

Solemnidades
legales. Inobservancia: 206;
para la remisión: 452.

Solidaridad
activa: 240-242;
concepto e importancia: 240;
efectos: 241;
extinción: 241;
legal
codeudor solidario: 361;
pasiva: 242-254;
efectos
principales: 243;
secundarios: 245;
extinción: 251.

Subrogación
concepto: 355;
convencional: 370-373;
concepto: 370;
notificación al deudor: 373;
o legal: 356;

pago por un tercero: 372;
requisitos: 371;
tiempo y forma: 372;
crediticia: 397;
de los acreedores: 191;
naturaleza y alcance: 193;
origen: 192;
en el crédito: 374;
en la dación en pago: 400;
en las acciones: 376;
en los derechos
accesorios: 376;
del acreedor: 375;
en los privilegios del crédito. 375;
legal: 322, 374, 406;
al rematante de bien hipotecado: 365;
codeudor de obligación indivisible: 362;
comprador de inmueble hipotecado: 363;
de los acreedores: 157, 193;
del pago: 360-370;
dueño del inmueble hipotecado: 363;
fiador: 362;
pago por
consentimiento del deudor: 369;
heredero beneficiario: 366;
otro acreedor: 365;
por el pago: 360;
por préstamo para el pago: 370;
tercer poseedor: 363;
y convencional: 301, 332;
parcial: 377;
y la cesión de créditos: 379;
personal: 355;
real: 355.

Sucesión
aceptación por los acreedores: 198;
jurídica: 454.

Sujetos
activos y pasivos
de las obligaciones: 236;
del derecho real: 13.

Suministros alimentarios
crédito preferente: 70.

Superintendencia de Sociedades
puede decretar medidas cautelares: 160.

— T —

Teoría(s)
de la imprevisión
en actos jurídicos y del comercio: 111;
de la indivisibilidad de las obligaciones: 256;
de la prestación de las culpas: 101, 117;
de las obligaciones
de medios y las de resultado: 118-121;
de los contratos y de los delitos
en el Código Civil: 1;
de los derechos reales y crediticios: 10;
de los riesgos: 458;
general de las obligaciones: 1-5;
reseña histórica: 3;
lógico-jurídica: 36;
sobre las fuentes de las obligaciones: 32.

Terceros
garantes
efectos de la prescripción: 480;
inmediatos y mediatos: 182.

Terminación del mandato: 337.

Tesis
sobre la acción pauliana
de inoponibilidad: 186;
de la indemnización: 185;
de la nulidad: 184;
sobre subrogación
crítica: 357;
de la cesión: 357;
de la novación: 357;
del pago cesión: 357.

Testamento: 47;
plazo para cumplirlo: 219;
presunción del dolo: 107;
sin las solemnidades legales: 206.

Titulares
de la acción pauliana: 174.

Título(s)
destrucción o cancelación
remisión: 447;
ejecutivos: 52;
en consignación
obligación del banco: 118;
valores
negociación: 301;
novación: 413.

Tradición: 270;
en obligación de dar: 328.

Trámite de la liquidación obligatoria
medidas que se pueden tomar: 61.

Transacción
concepto: 486;
extingue obligaciones: 316.

Transferencia
de las obligaciones: 298-307;
de los bienes del deudor: 72.

Transformación o fusión
de sociedad en concordato: 63.

Transmisión
de la indivisibilidad: 262;
de las obligaciones: 297-298;
a título
singular: 298;
universal: 297;
excepciones: 298;
historia: 297;
por causa de muerte
de obligación indivisible: 259.

Transporte
derecho de preferencia: 165.

Traslación de las obligaciones: 297-307.

Tutor o curador
deber de prestar caución: 81.

— U —

Universalidad jurídica: 367;
enajenación: 303.

Universalidades de hecho: 266, 305.

Usucapión: 465.

Usufructo
confusión: 453;
derecho de retención: 163;
obligaciones: 270.

Usufructuario
obligaciones propter rem: 216.

— V —

Validez
de la causa
en la novación: 409;
del pago: 220.

Valoración de la culpa: 99.

Vencimiento
del plazo: 221;
del término
finaliza el mandato: 338.

Venta
de cosas que no existen: 271;
de inmueble: 408, 419, 420;
y permuta
como dación en pago: 394.

Vigilancia
en la empresa en concordato: 63.